

Crim.

192

xs

Crim.

192 20

Orloff

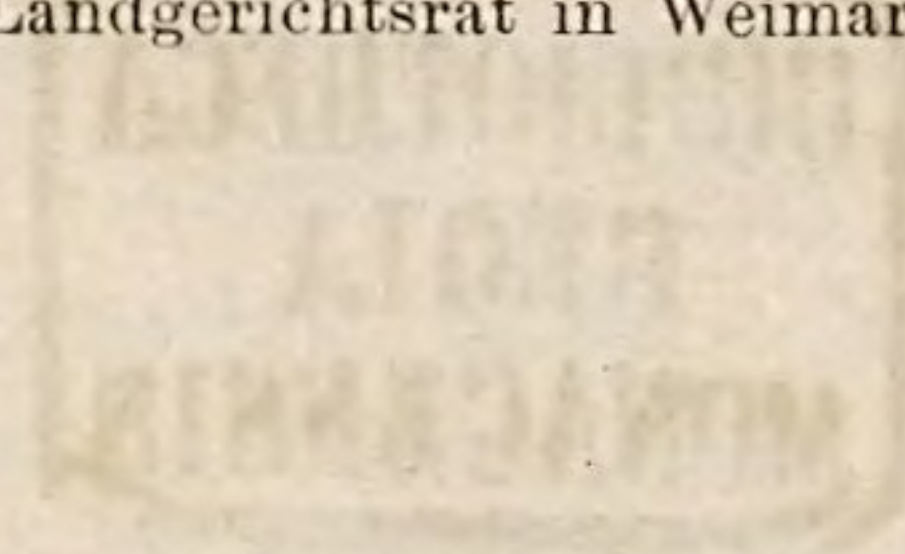
Die
Strafbarkeits-Erkenntnis

als

Schuld-Voraussetzung.

Von

Dr. Hermann Ortloff,
Landgerichtsrat in Weimar.



Marburg.

N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.

1891.



Einleitung.

Mit einiger Sorge um die Gerechtigkeitspflege in der Strafrechtspflege verlässt man gar nicht so selten Hauptverhandlungssäle der Schöffengerichte und Strafkammern, auch zuweilen der Schwurgerichte, nachdem eine Verurteilung erfolgt ist ungeachtet der wiederholten Versicherung eines Angeklagten, dass er die fr. Strafbestimmung nicht gekannt oder ihre Tragweite verkannt, dass er die ihm als strafbar zur Last gelegte Handlung in dieser Eigenschaft nicht erwogen, kein Bewusstsein der Rechtswidrig- und Strafbarkeit seines Verhaltens gehabt, sich in einem Irrtum über den Inhalt und die Grenzen eines ihm obenhin bekannten Strafverbotes, über eine ihm vermeintlich zustehende Befugnis zu der als strafbar in Anspruch genommenen Handlung oder Unterlassung, ja sogar in einer begründet erscheinenden Überzeugung von der Erlaubtheit oder wenigstens Straflosigkeit seines Thuns befunden — kurzum nicht in der Erkenntnis der Strafbarkeit gehandelt habe. Man fragt sich da unwillkürlich: wie würdest Du es empfinden, wenn Du ohne das Bewusstsein der Strafbarkeit einer Handlung bei ihrer Vornahme als schuldig einer »strafbaren Handlung« befunden und zur angedrohten, Dir ganz unbekannt angedrohten, Strafe verurteilt sein würdest? »Unschuldig bin ich verurteilt worden!« würde die Selbstbeantwortung lauten, wenn jenes wirklich erfolgte. Aber der Einwand liegt nahe: »warst Du nicht selbst schuld daran, dass Du keine Erkenntnis der Strafbarkeit hattest, dass der Irrtum Dich gefangen halten und zu einer strafbaren That verleiten konnte?« Bin ich mir freilich inbezug hierauf einer Selbstverschuldung bewusst, dann beruhigt sich mein Gemüt, wenn sich die Erwägung nicht gegen die innere Stimme der Wahrheit verschliesst durch Selbsttäuschung und Selbstentschul-

digung, die vermöge der Eigenliebe sich beide herandrängen an die Beurteilung eigener Denk- und Handlungsweisen. Aber das Gemüt fühlt sich verletzt oft bis zur Entrüstung und Empörung, ja Verzweiflung an der menschlichen Gerechtigkeit, wenn die Überzeugung feststeht, dass der Mangel jener Erkenntnis ein unvermeidlicher nach den Verhältnissen, der Irrtum ein menschlich erklärlicher und entschuldbarer gewesen sei. Die Zuhörerschaft der Gerichtsverhandlungen empfindet den Eindruck mit Verwundern und Grauen, wenn der Vorsitzende mit geschäftlicher Kälte den Urtheilsspruch verkündet, dass, wenn auch die Angaben des Angeklagten über das Nichtvorhandensein des Bewusstseins der Rechtswidrig- und Strafbarkeit seines Verhaltens oder über das Bestandenhaben eines Irrtums bei Begehung der ihm zugerechneten That glaubhaft erschienen seien, der »gute Glaube« an eine Berechtigung, an eine Erlaubtheit, an Zurechtbestehen, an Straflosigkeit, dem Gesetz und den zu seinem Vollzug Berufenen gegenüber keine Berücksichtigung finden könne; da äussert sich unwillkürlich jene Empfindung in Unzufriedenheit mit dem Gerichtsspruch und im Mitleid mit dem Verurteilten, ja, ein Bedauern greift Platz, dass ein »Schuldig« erkannt worden sei, wo die Nichtschuld zur Geltung hätte kommen müssen, dass Strafe verhängt worden, wo die Strafbarkeit nicht einmal erkannt gewesen. Nun fragt man bedenklich: worin liegt denn der Grund jener Verletzung des allgemeinen Gerechtigkeitsgefühles? Ist dieses ein falsches? Nein! Ist es aber ein richtiges, wie und weshalb können solche Verletzungen bestehen? Sie haben aber doch den Schein des Rechts für sich! Die Gerichte berufen sich ja auf die Gesetze! Thun sie aber das wirklich mit Grund? und wenn das wäre, will wirklich die Strafgesetzgebung zulassen, dass durch Nichtberücksichtigung glaubhaft unverschuldeter Nichterkenntnis der Strafbarkeit und eines erwiesenen unvermeidlichen Rechtsirrtumes, sogar auf erhobenen Einwand oder im Zweifel des Bestehens des Strafbarkeitsbewusstseins, das allgemeine Rechtsgefühl, das sich durch Nachdenken zur Rechtsüberzeugung verstärkt, verletzt werden dürfe? Wo aber wird hier Abhülfe zu suchen und zu finden sein? Ehe man das Gesetz anfechten und die Gesetzgebung zur Hilfe aufrufen darf, muss man es bei den es zur Anwendung oder Vollziehung zubringen berufenen Behörden

versuchen. Aber diese stehen doch mehr oder weniger unter dem Einfluss von hergebrachten Anschauungen, herrschenden Strömungen, autoritativen Leitungen? Nun die Verteidigerschaft wird ja dagegen ankämpfen und das Rechtsbewusstsein des Volkes in den Gerichtsverhandlungen energisch zur Geltung bringen! Aber thut sie es denn? Ja, ab und zu, jedoch selten mit Erfolg! Wo aber mag denn der Grund davon liegen, da die Doktrin ihr doch die Wege geebnet hat; bleibt denn diese so unbeachtet bei der Auslegung der Strafgesetze? Nur vereinzelt taucht eine thatkräftige Abwehr jener Nichtbeachtung eines Mangels der Strafbarkeitserkenntnis auf und mit Schüchternheit wird im äussersten Notfall von den Gerichten ein Freispruch aus dem Mangel des Strafbarkeitsbewusstseins begründet erlassen, wenn nicht das im einzelnen Strafgesetz hervorgehobene Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verneint oder angezweifelt werden kann. Die öffentliche Meinung durch die Presse und die Dogmatik der Fachmänner durch wissenschaftliche Begründung haben die Aufgabe, ernstlich für das allgemeine Rechtsgefühl in die Schranken zu treten gegen eine kalte und starre, dem Opportunismus huldigende Doktrin, und den rechtspolitischen Nützlichkeitsrücksichten, welche sich hinter die vermeintliche Staatswohlfahrt verstecken, »von Rechts wegen« ein Veto entgegenzuhalten. Den Vorsitzenden in den Schöffengerichten und Schwurgerichten wird die dankbare Aufgabe zufallen, einen Schuldausschliessungsgrund zur Geltung zu bringen, den das Strafgesetzbuch, noch wenig erkannt, in sich birgt: die unverschuldete Nichterkenntnis der Strafwidrig- und Strafbarkeit und den unverschuldeten Rechtsirrtum! Immerhin nur als Ausnahme wird hiernach eine Frage zu stellen sein und zwar nur auf erhobenen Einwand oder im Falle des Zweifels von Amtswegen. Die Beweiserhebung rücksichtlich dieses Schuldausschliessungsgrundes fällt nach § 188 St.P.O. schon dem Untersuchungsrichter zu und überhaupt die über Eröffnung des Hauptverfahrens beschliessenden Gerichte haben vor der Beschlussfassung, sobald die Frage jener Schuldvoraussetzung angeregt oder angezeigt ist, zu prüfen, ob Unrechts- und Strafbarkeitsunkennntnis, falls sie glaubhaft erscheint, als Schuldausschliessungsgrund, soweit bewiesen oder im Vorverfahren beweisbar vorliege, dass eine Setzung des Beschuldigten

ausser Klage und Verfolgung geboten erscheine, wobei sich gerade auf den Beweis des Nichtverschuldens der Unkenntnis oder des Irrtums die anzuordnende Ergänzung des Vorverfahrens erstrecken dürfte. Wird jedoch diesem Schuldausschliessungsgrund im Vorverfahren Rechnung nicht getragen und er tritt erst in der Hauptverhandlung in den Vordergrund, so wird die Beweiserhebung sich nur dann darüber hinwegsetzen dürfen, wenn das Gericht von der rechtlichen Unerheblichkeit der Frage über das Vorhandengewesensein des Unrechts- und Strafbarkeitsbewusstseins bei Begehung der geklagten That als Schuld voraussetzung überzeugt wäre, was vielleicht bei einer Strafkammer im Voraus feststellbar ist, nicht aber bei einem Schöffengericht, vollends nicht bei Geschworenen. Den mitwirkenden Laien sollte die Beantwortung jener Frage, sofern sie nach der Sachlage angeregt worden oder angezeigt ist, nie abgeschnitten werden, weil sie eine Frage der Schuld voraussetzung ist wie die Zurechnungsfähigkeitsfrage, welche auch nur im Bestreitungsfall durch Beweiserhebungen vorzubereiten ist. In der Hand des Vorsitzenden der Laiengerichte liegt es vorzugsweise, im Fragefall, jenem Schuldausschliessungsgrunde zur Geltung zu verhelfen. Der Vorsitzende im Schöffengerichte, wo gerade die Frage der Entschuldbarkeit eines aus Strafbarkeitsunkentnis oder im Rechtsirrtum begangenen Vergehens oder Polizeidelikts am häufigsten auftaucht, wird den Schöffen nicht kurzweg die Brücke einer nach vulgärem Strafbarkeitsbewusstsein messenden Beurteilung abbrechen dürfen mit der Rechtsbelehrung: darauf dürfe es gar nicht ankommen, weil der Satz: »Rechtsunkentnis entschuldige nicht!« vom Reichsgericht festgehalten werde ungeachtet von einer Anzahl verschiedener Gerichte und Rechtslehrer das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur Schuld vorausgesetzt worden sei; sondern er wird es ihrem Urteil, wie dem der Geschworenen, zu überlassen haben, ob sie die Entschuldbarkeit des Irrtums und damit die Ausschliessung der Deliktsverschuldung annehmen wollen, weil sie einen Massstab für die Schuldannahme aus dem ihnen bekannten allgemeinen Rechtsbewusstsein für den Fragefall entlehnen, ob der Angeklagte auch wirklich vor dem Gesetz schuldig sei? Der Vorsitzende im Schöffengericht befindet sich in der Lage, die Frage nach dem Vorhandensein jenes Schuld-

ausschliessungsgrundes in aller Form stellen zu können, sobald sie durch die Verhandlung angeregt ist, wodurch in vielen Fällen die Beantwortung der Schuldfrage eine grössere und leichtere Klärung enthält mit der Zerlegung des Urteils in Begründungen der Schuldannahme, namentlich weshalb der fr. Schuldausschliessungsgrund als zutreffend, bewiesen, glaubhaft nicht anzunehmen gewesen.

Den Geschworenen hingegen ist, wie bekannt, eine auf Straf- bez. richtiger »Schuldausschliessungsgründe« besonders gerichtete Frage (»Neben-« richtiger »Zusatzfrage«) nicht zu stellen und daher bleibt es nur der Verteidigung, sowie der geschickten Leitung des Vorsitzenden und danach der des Obmannes der Geschworenen überlassen, dass bei der Beratung der Schuldfrage gerade der hier fr. Schuldausschliessungsgrund mit zur gehörigen Beachtung gebracht werde. Aus dem Spruch der Geschworenen lässt sich angesichts der von der Justizkommission und dem Plenum des Reichstags beschlossenen Ablehnung der von dem Entwurf § 253 (§ 295 des Ges.) vorgeschlagenen Aufnahme der Schuldausschliessungsgründe in besondere Fragen neben der Hauptfrage, leider nie ersehen, welche Stellung die Geschworenen zu dem oder jenem Schuldausschliessungsgrund genommen haben. Es wurde angenommen, dass in der Antwort der Geschworenen auf die Hauptfrage in der Form: »Schuldig« (Ja!) bez. »Nichtschuldig« (Nein!) die Frage nach einem Schuldausschliessungsgrund mit beantwortet werde, indem die »Schuld vor dem Gesetze« als Inhalt der Hauptfrage verstanden werde. Hauptsächlich waren die ungünstigen Erfahrungen der Praxis bei den Nebenfragen bezüglich der Notwehr und bei negativen Fragestellungen die Ursache davon, dass bei § 295 St.P.O. das Wort »ausschliessen« neben »Umstände, welche die Strafbarkeit vermindern oder erhöhen« gestrichen wurde; daher bleibt es bei der Notwehreinrede unklar, ob die Geschworenen in ihrem »Schuldig« das Gebotensein der Handlung durch Notwehr verneint oder aber einen strafbaren Exzess in derselben bejaht haben; daher wird auch, wenn ein wegen unzüchtiger Handlungen mit einem Mädchen unter 14 Jahren Angeklagter sich mit der Behauptung schützen will, er habe irrtümlich das Mädchen für älter gehalten, in dem »Schuldig« jene Behauptung als unwahr ein-

schliessend mit bezeichnet (§ 501 St.G.B.). Es wurde von der Gesetzgebung auch eine Irreleitung der Geschworenen durch besondere Befragung über Schuldausschliessungsgründe befürchtet, »indem etwa der Angeklagte verurteilt würde, weil die Mehrheit den besonderen Schuldausschliessungsgrund nicht für vorliegend erachtet, während im Übrigen die Mehrheit für das Schuldig im Hinblick auf andere Strafausschliessungsgründe vorhanden wäre« (Geyer, Lehrbuch des Strafprozessrechts S. 753). So kam man dazu, in § 295 St.P.O. ausser den Gründen, welche die Strafbarkeit vermindern oder erhöhen, nur die Gründe, »durch welche die Strafbarkeit wieder aufgehoben wird«, in eine Nebenfrage aufnehmen zu lassen, sofern vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände zur Annahme eines solchen Grundes vorliegen. Es wurde in der Justizkommission des Reichstags anerkannt, dass in einem der That nachfolgenden Thatumstände bestehende Strafausschliessungsgründe (thätige Reue z. B. bei Brandstiftung oder beim Meineide in § 158, bei dem fahrlässigen Falscheide in § 163 St.G.B. u. s. w.) zum Gegenstand von Nebenfragen gemacht werden dürfen, da sie eine andere Behandlung als die die That in ihrer Entstehung berührenden oder begleitenden Strafausschliessungsgründe zuliessen. Von v. Keller und Löwe in ihren Kommentaren u. a. m. werden den Schuldausschliessungsgründen, welche als solche im Strafgesetze vorgesehen sind, hinsichtlich ihrer prozessualischen Behandlung auch alle sonstigen Thatumstände gleichgestellt, deren primäres Vorhandensein der Handlung eines Angeklagten von vornherein den Charakter einer strafbaren entzieht, insbesondere solche Umstände, aus deren Vorhandensein der Mangel des zum gesetzlichen Thatbestande erfordernden Dolus folgt; auch auf solche Thatumstände darf eine solche Frage nicht gestellt werden, sondern es muss über ihr Vorhandensein die Beantwortung der Hauptfrage mit entscheiden; so z. B. bei Misshandlungen, welche in Ausübung eines Züchtigungsrechtes begangen worden sind, wird in dem »Schuldig« die Verneinung sowohl des Züchtigungsrechtes überhaupt, als auch desselben im gerade vorliegenden Falle, oder auch die Annahme eines Exzesses der Ausübung gefunden werden können; also das Vorhandensein der körperlichen Misshandlung als strafbarer Handlung hat als angenommen

zu gelten — bezüglich welchen Falles jedoch v. Schwarze, Komment. zu § 293 Anm. 6 eine dahin gehende Formulierung für nicht unzulässig erachtet: »Ist der Angeklagte schuldig, in Überschreitung des ihm als Vater zustehenden Züchtigungsrechtes den X dergestalt misshandelt zu haben, dass er« u. s. w. Mag nun der Schuldausschliessungsgrund in die Hauptfrage mit verwoben sein oder nicht, so müssen die Geschworenen, wenn sie ihn gelten lassen wollen, die Hauptfrage verneinen, dagegen enthält die Bejahung dieser auch die Verneinung aller denkbaren Schuldausschliessungsgründe. Die Zurechnungsfähigkeit ist demnach auch nicht Gegenstand besonderer Befragung der Geschworenen, ausser wenn es sich um einen jugendlichen oder taubstummen Thäter handelt (§ 298 St.P.O.), wo eigentlich zuerst die Frage auf das Vorhandensein der Zurechnungsfähigkeit, hier »Einsicht«, zu stellen wäre, infolge deren Verneinung sich nach dem Strafgesetz die Freisprechung zwar von der strafrechtlich zu sühnenden Schuld, aber die in § 56 geordnete Überweisung ¹⁾ als Folge ergeben muss, infolge deren Bejahung aber erst die Schuldfrage als Hauptfrage am Platze wäre, welche dann immer noch bei Annahme eines Schuldausschliessungsgrundes, wie z. B. konkreter Mangel der Unrechts- und Strafbarkeitserkenntnis bei zwar vorhandener Einsicht (Fähigkeit der Beurteilung) verneint werden kann ²⁾. Es darf

1) Soll die Hauptfrage dahin lauten, ob der Angeklagte schuldig sei? und daneben die Nebenfrage über das Vorhandensein der Einsicht gestellt werden, so würde eine Bejahung der Hauptfrage die Nebenfrage überflüssig machen, weil in der Schuldannahme die besondere Zurechnungsfähigkeit auch angenommen wird. Wird die Hauptfrage verneint, so wird damit auch das Vorhandensein der Einsicht verneint. Die Frage auf die Schuld zu stellen, passt hier im Grunde nicht; sie müsste nur auf die Thatvollbringung gestellt werden dürfen oder die Schuldfrage bedeutet nur die kausale Verschuldung.

2) Weshalb hier ausnahmsweise eine Nebenfrage zugelassen, ja obligatorisch angeordnet wurde, ergeben die Motive S. 177: weil nach § 56 Abs. 2 des St.G.B.'s der Richter darüber bestimmen soll, ob ein wegen mangelnder Einsicht freigesprochener jugendlicher Angeklagter seiner Familie zu überweisen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt zu bringen sei, so kann im schwurgerichtlichen Verfahren das Gericht dem nur entsprechen, wenn der Geschwornenpruch erkennen lässt, dass das Nichtschuldig auf den Mangel der erfor-

ferner auch nicht mehr auf das Vorhandengewesensein des Wissens des Angeklagten von Thatumständen nach § 59 St.G.B.'s, auch nicht nach dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und der Strafbarkeitserkenntnis eine Nebenfrage gestellt werden, sondern die Mitbeantwortung der insoweit herrschenden Zweifel erfolgt bei Beantwortung der Hauptfrage und es wird, wenn der Schuld ausschliessungsgrund bejaht werden soll, eine negative Feststellung der That empfohlen, z. B. wie in der preussischen Schwurgerichtspraxis vor Geltung des Reichsstrafgesetzbuchs die Frage nach der in § 59 das. erfordernten Kenntnis oder umgekehrt nach dem Vorhandensein der Unkenntnis eines Thatbestandmerkmals als Schuld ausschliessungsgrund in negativer Form: »hatte der Angeklagte das 12. Lebensjahr bei Begehung der That noch nicht vollendet?« oder »war dem Angeklagten unbekannt, dass?« gestellt zu werden pflegte. In anderen als in Schwurgerichtssachen gilt die Regel wie hier, dass eine mit den Gesetzesworten übereinstimmende Feststellung über einen Schuld ausschliessungsgrund nicht erforderlich ist, aber es bedarf dort eines ausdrücklichen Ausspruches über einen

derlichen Einsicht gestützt ist; denn beruhte es beispielsweise auf der Annahme, dass die Thäterschaft nicht nachgewiesen, aber dass die Handlung durch Notwehr geboten gewesen, dann würde jene Bestimmung des Strafgesetzbuches ausser Anwendung bleiben müssen. Obschon dieser Grund für Taubstumme nicht zutrifft, sind sie in § 58 St.G.B.'s und in § 298 St.P.O. doch den Jugendlichen gleichgestellt als Freizusprechende im Mangel der erforderlichen Einsicht. Nur auf Grund der Vorschrift des § 298 St.P.O. wird in Schwurgerichtssachen eine ausdrückliche Feststellung auch durch Nebenfrage erfordert, dass ein Taubstummer die erforderliche Einsicht besass, nicht auch in anderen Strafsachen. Das Strafgesetzbuch erfordert bei Taubstummen keine Feststellung des Vorhandenseins der erforderlichen Einsicht, welche mithin anzunehmen ist, falls sich nicht Anhaltspunkte für das Gegenteil ergeben haben. Während ein gegen einen Jugendlichen ergangenes Strafurteil ohne Feststellung der »Einsicht« nichtig ist, wäre sonach ein solches gegen einen Taubstummen gültig, auch wenn der intellectus nicht ausdrücklich festgestellt worden, sofern sein Mangel nicht angezeigt erschien. Im Strafgesetzbuch ist eine volle Gleichstellung beider Personenklassen, welche obige Motive annehmen, nicht vorhanden, und durch § 298 St.P.O. wird der Unterschied zwischen beiden aufgehoben. Vergl. v. Schwarze, Comment. zu § 298 St.P.O. und Geyer, Lehrbuch S. 757.

solchen, sobald er von einem Prozessbeteiligten geltend gemacht oder von Gerichtswegen zur Erörterung gestellt worden war. Da nun in Schwurgerichtssachen in der Hauptfrage der betr. Schuldausschliessungsgrund als vorhanden oder nicht vorhanden mit beantwortet wird, so ergibt sich, von welcher Bedeutung es ist, dass derselbe vorher von den Prozessbeteiligten und namentlich in der Rechtsbelehrung der Geschworenen seitens des Vorsitzenden in seiner rechtlichen Wirkung zur vollen Klarheit gebracht wird, wie ja von letzterer die richtige Anwendung der so schwierigen und viel umstrittenen Schuldlehre besonders abhängt; auch Löwe, Komment. zu § 293 St.P.O. in Anm. 12 neigt sich der von v. Schwarze a. a. O. ausgesprochenen Ansicht zu, dass die Aufnahme eines den Schuldausschliessungsgrund betreffenden Zusatzes in die Hauptfrage (z. B. in den Fällen des § 59 St.G.B.'s die Einschaltung der Worte: »wissend, dass« u. s. w.) nicht absolut unzulässig sei und eine Nichtigkeit nicht zur Folge habe, wobei Löwe die im Art. 366 der früheren württembergischen St.P.O. geregelte Behandlung der Schuldausschliessungsgründe als die korrekteste und zweckmässigste bezeichnet.

Es wird nach allem dem von den Vorsitzenden der Schwurgerichte abhängen, wieweit auch den Geschworenen die Möglichkeit offen stehen soll, von dem Vorhandensein der Unrechts- und Strafbarkeitserkenntnis und eines Rechtsirrtums ihren Schuldspruch abhängig zu machen, sofern in der That ein seltener Ausnahmefall vorliegt, in welchem die Anwendung des Strafgesetzes eine mögliche Ungerechtigkeit, mindestens eine Härte mit sich bringen würde, weil von einer inneren Verschuldung und daher von Zurechnung der äusserlich zwar als strafbar bestehenden Handlung zur Schuld und Verantwortung nach dem Prinzip individueller Gerechtigkeit nicht die Rede sein kann.

Das Schwert der strafenden Gerechtigkeit im Geiste christlicher Humanität zu führen, wird das Ideal der Strafrechtspflege in unserer Kulturepoche sein müssen; damit stimmt aber nicht ein Pessimismus, unter dessen Einfluss so manche Strafverfolgungsbeamte über willens- und gedankenschwache Opfer einer ungenügenden Erziehung oder oft unerkannter Ein-

flüsse des Lebens urteilen und richten. Strenge gebührt den wirklich Bösen, Milde den aus Schwäche Gefallenen, dort nach dem *summum jus*, hier nach der *aequitas*; die »ausgleichende Gerechtigkeit« sagt: »Mit dem Masse, mit welchem ihr messet, wird euch wieder gemessen werden!« Das bedeutet aber in richtig verstandenem Sinne, dass, wie »Gott das Herz ansiehet«, der Mensch nicht nach der äusseren Thaterscheinung, sondern nach der inneren Verschuldung das Unrecht beurteilen und vergelten soll. So das »Ideal im Recht« auf diesem Gebiete ¹⁾.

1) Vergl. Kohler's Schrift: »Das Ideal im Recht«. Berlin, C. Heymann's Verlag, 1891.

Die Strafbarkeits-Erkenntniss als Schuld-Voraussetzung.

I.

Durch eine der hervorragenderen Leistungen auf dem Gebiete der Lehre von der strafrechtlichen Verschuldung angeregt, glaube ich zu meinen früheren Arbeiten über »die Schuldarten im Strafrecht« und »die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht«¹⁾ eine neue hinzufügen zu dürfen, um so mehr, als in der Litteratur zwei bedenkliche Richtungen in der Doluslehre bemerkbar werden. Das Vordrängen des Determinismus mit der Agitation der positivistischen (anthropologisch-statistischen) Lehre italienischer und französischer Schriftsteller für die Berücksichtigung der natürlichen und anezogenen Veranlagung des Verbrechers führt zu einem Absehen von der subjektiven Verschuldung als Grund der Verbrechensbestrafung, welche nur notwendig werde zur Erhaltung des Ansehens der Strafgesetze, nicht aber als Vergeltung des einzelnen Unrechts zu betrachten sei; davon habe ich an einer anderen Stelle neuerlich gehandelt²⁾. Andererseits aber wird ein formaler Standpunkt gegen die herrschende Lehre, wonach das Bewusstsein der Rechtswidrig- oder Strafbarkeit die Zurechnung zur Schuld bedinge, bereits von v. Wächter, Breidenbach, H. Meyer und v. Liszt vertreten, in der in mehrfacher Beziehung vorzüglichen Schrift: »Die subjektive Verschuldung« vom Staatsanwalt Herm. Lucas in Posen (R. v. Deckers Verlag in

1) Bereits in meinem 1862 erschienenen Buch: »Lüge, Fälschung, Betrug«, S. 12—21 wurde der »Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht als ein für die Praxis unentbehrlicher nachgewiesen. Eine ausführlichere kriminalpsychologische Studie hierüber erfolgte im Gerichtssaal, 1864, S. 70—79 und 107—151. Das. Bd. 34. S. 401—462 folgte im Jahre 1882 die Abhandlung über »die Schuldarten im Strafrecht«.

2) Zeitschr. f. d. gesamte St.R.W., Bd. XII, bringt einen Aufsatz: »Zur Lehre vom Vorsatz und Determinismus«.

Berlin, 1883) zur Geltung gebracht, welcher, sofern er zur endlich herrschenden Lehre für die Zukunft werden möchte, die Praxis in grosse Verlegenheit setzen würde, wenn sie wirklich eine nicht bloß das Unrecht nach dem *strictum jus* niederwerfende, sondern auch den innerlich, nicht bloß den äusserlich, Schuldigen nach der *aequitas* treffende Vergeltung üben soll und will. Dahin aber führt die Lehre: »dass das Bewusstsein des Thäters von der Rechtswidrigkeit der Handlung als allgemeine Voraussetzung nicht zum Begriffe des *Dolus* gehöre«. Lucas a. a. O. § 15 handelt mit anzuerkennender Dialektik, welche ihn indessen zu weit ab von dem tieferen Grund der Verschuldung geführt hat, von diesem Thema, indem er mit Recht hervorhebt, dass die Streitfrage, ob die Rechtswidrigkeit der Handlung auch zum subjektiven Thatbestande einer dolosen Strafthat gehöre, ob also der Thäter in dem Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung gehandelt haben müsse, von der grössten praktischen Bedeutung sei. Von Feuerbach an hat sich die Doktrin der Bejahung dieser Frage vorwiegend zugeneigt, während die Gesetzgebung eine ausdrückliche Entscheidung derselben vermieden hat. Der Praxis wäre freilich mit einer formalen Entscheidung im Sinne der genannten Schriftsteller leicht über viele und schwierige Beweisskrupel hinaus verholten, wenn der Satz in aller Strenge zur Geltung käme: Strafgesetze muss jeder kennen und es ist seine Schuld, wenn er sie nicht kennt, deshalb können die die Strafrechtspflege ausübenden Organe und brauchen von Amtswegen nicht weiter darnach zu fragen, ob im einzelnen Fall der Beschuldigte jene allgemein voraussetzende Kenntnis des von ihm übertretenen Strafge- oder Verbotes gehabt habe. Dieser Satz ist ja bekanntlich ein aus einer gewissen Zwangslage¹⁾ des Staates hervorgegangener,

1) Oerstedt, Grundregeln S. 270 ff.: »Es ist ein Postulat für die rechtliche Ordnung, dass jeder im Übertretungsfalle ordentlicher Weise so behandelt werden müsse, als wenn er von den allgemein bekannt gemachten Strafgesetzen unterrichtet gewesen wäre«. Berner, Wirkungskreis der Strafgesetze S. 22: »Der Zufälligkeit der Kenntnisnahme durch die Einzelnen kann sich das Gelten des Staatswillens unmöglich aussetzen«. Osenbrüggen, Abhandlungen I. S. 32 und 44: »Wenn im Allgemeinen die Frage aufgeworfen wird: was ist die grösste Ungerechtigkeit? würde

die aber den Staatsbürgern (der Gesellschaft überhaupt) immer empfindlicher wird, je umfangreicher die mit Strafbestimmungen geschützten Gebiete durch Ausbreitung der Lebens- und Gesellschaftsverhältnisse zu Rechtsverhältnissen werden, so dass es immer schwieriger wird, gegen eine Strafbestimmung nicht zu verstossen, und man sich bei jedem Handeln fragen muss, besteht nicht etwa ein Verbot mit Strafdrohung für seine Übertretung? Die Härte der Folgen der nichtbewussten Übertretung eines Strafverbotes wird nicht blos im Volke, sondern auch von den Organen der Strafrechtspflege fast in jedem einzelnen Fall empfunden ¹⁾, aber nur in denjenigen Fällen, wo man sich sagen muss, die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit, d. i. des Verbotenseins, und folgeweise der Strafbarkeit der fr. Handlung hätte vorhanden sein können, geschweige denn müssen, beruhigt man sich auch bei einer Verurteilung wegen angeblicher und auch vielleicht wahrscheinlich gemachter Nichterkenntnis eines einzelnen Strafge- oder Verbotes, indem man diese Nichterkenntnis als eine selbst von Verurteilten verschuldete betrachten muss. Der Staat kann in thesi nicht Rücksicht darauf nehmen, ob im einzelnen Falle seine Strafgesetze aus Unkenntniss übertreten werden und daher ist das allgemeine Pflichtgebot: »Jeder muss sich mit den Gesetzen bekannt machen«, eine Notwendigkeit und ihre logische Folge: »Rechts-

vielleicht geantwortet? einen Menschen wegen Übertretung des Gesetzes bestrafen, dessen Dasein er gar nicht kennt. Und dennoch geschieht dies täglich«. Man entschuldigt diese Härte mit der Notwendigkeit, grösseres Übel zu verhüten, weil manche sich immer auf Unkenntnis berufen oder gar sich scheuen würden, eine Gesetzeskenntnis zu erwerben. Diesen Ausspruch hat O. aus Brest, Grundzüge des englischen Beweisrechts § 39 beigezogen, aber ebenso für die deutsche Strafrechtspflege geltend bezeichnet.

1) Binding, Die Normen, II, (1876) S. 65 bemerkt zu dem Satz: *ignorantia juris nocet*, dass diesem Götzen mannichfach genug schuldlose Menschen zum Opfer gefallen wären; es sei stets erfreulich, wenn der Staat mit gutem Gewissen seiner Strafpflicht engere Grenzen ziehen könne, ebenso verwerflich aber scheine es, den Gesetzen dadurch Achtung zu erzwingen, dass man die Unschuldigen strafe, damit die Schuldigen zittern! Sicher ist, dass bei unserer heutigen Kulturentwicklung das Recht, dessen Existenz wir nicht durch uns selbst erkennen, durch tausend Kanäle seinen Weg zu uns findet.

unkenntnis kann nicht entschuldigen« für die Zurechnung der Schuld ein formaler, oft freilich Härten mit sich bringender, Notsatz. Gerade die Praxis ist oft in der Lage, von dem Satze, dass unverschuldete Nichtkenntnis von rechtserheblichen Thatumständen nicht angerechnet werden dürfe, auch auf die Nichtkenntnis von Gesetzen die »unverschuldete« zu übertragen und man hat im Gefühle der ungerechten Zurechnung bei nicht verschuldeter Unkenntnis von dem Bestehen eines Strafgesetzes behauptet, dass dieses Bestehen eine Thatsache oder ein thatsächlicher Umstand, ein faktisches Verhältniss sei, während in der That die strafrechtliche Bestimmung nur ein geordnetes Rechtsverhältniss mit Strafdrohung für seine Verletzung in thesi begrenzte¹⁾, um auf den einzelnen Fall angewendet zu werden (Gebot an die staatlichen Straforgane), so dass es sich erst bei der Frage nach der rechtlichen Anwendung des Gesetzes um die es begründenden Thatsachen handelt, welche nach den Merkmalen der Verletzung (gesetzlichen Thatbestand) zu bemessen sind. Ein Irrtum über die Existenz oder Geltung eines Gesetzes kann allerdings im Bestreitungsfall ein thatsächlicher sein, aber auch leicht in

1) Vergl. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Gotha 1877/83. II. S. 129 ff. 156 ff. 173 ff. 222 ff. und Zeitschr. f. d. gesamte St.R.W. X. S. 251—318: »Strafrechtsverhältniss und Strafprocessverhältniss«. Danach liegen in den eigentlichen Strafsatzungen durchweg relativ-selbstständige, je für sich allein schon einen bestimmten Rechtsanspruch und eine respektive Rechtspflicht ausdrückende Rechtsnormen vor, welchen gegenüber alle übrigen Strafrechtsnormen nur als Modifikationen derjenigen Rechtsverhältnisse in Betracht kommen könnten, deren Inhalt in erster Linie jene selbständigen Rechtsnormen ausdrücken, worauf die bloß modifizierenden Normen (namentlich die des s. g. allgemeinen Theils) sich bezögen. Die Gleichartigkeit der Strafsatzungen und die Wiederkehr gleichartiger Momente in ihnen führen zur Auffindung des »Strafrechtsverhältnisses«. Das öffentlichrechtliche Verhältniss der einzelnen Staatsgenossen zum Staat wird allerdings in jeder Strafsatzung in thesi geregelt in Form von Ge- und Verboten mit ihrer Erzwingung durch Strafen. Die allgemeine Ordnung der einzelnen Strafrechtsverhältnisse durch einzelne Strafgesetze geht dahin, dass unter den oder jenen Thatbestands-Voraussetzungen der Thäter sich der und der Bestrafung zu unterwerfen habe — nach vorgängiger Verantwortung, welche durch das Strafprocessrechtsverhältniss gesetzlich geordnet ist.

einen Rechtsirrtum übergehen, so dass es sich nur fragen kann, ob auch in Rechtsüberzeugung — *bona fide* — unwissentlich ein Strafgesetz übertreten sei, oder aber im blossen Zweifel über das Bestehen oder die Geltung eines solchen — *dolo eventuali* — oder auch aus Fahrlässigkeit eine Strafgesetzübertretung erfolgte. In dem sich mehr und mehr erweiternden Gebiete der ausserhalb der Strafgesetzbücher liegenden polizei- und verwaltungsrechtlichen Strafgesetze wird die Nichtkenntnis einzelner mit Strafandrohung versehener Ge- und Verbote wenigstens im Volke am meisten entschuldigt, besonders bei solchen, welche weniger Gelegenheit oder Veranlassung haben, sich mit den einschlagenden Bestimmungen bekannt zu machen; allein die Strafbehörden sind nicht in der Lage, wenn sie auch im Stillen bedauern müssen, dass sie in dem oder jenem Falle die Strenge des Gesetzes anzuwenden haben, auf Gesetzesunkenntnis Rücksicht zu nehmen vermöge des absoluten Satzes: »*juris ignorantia nocet*« und »Strafe muss sein!« — Legalitätsprinzip. Die Kenntnis der Strafgesetzwidrigkeit oder konkreten Strafbarkeit einer Handlung (Thun oder Lassen, bez. Verhalten) wird und muss also im allgemeinen bei jedem vorausgesetzt werden, welcher in die Lage kommt, Beschuldigter wegen einer Strafgesetzverletzung zu sein. Der Satz »*nulla poena sine lege*« als Folgesatz des vorausgehenden: »*nullum crimen sine lege poenali*« gilt heute, wo alle Strafbestimmungen auf dem Wege der Gesetzgebung und Verordnung öffentlich bekannt gemacht werden, ebenso für alle kleinen Strafgesetze wie für die grossen kodifizierten und die Strafgewaltsorgane haben anzunehmen, dass gehörig bekannt gemachte Strafbestimmungen auch allgemein zur Kenntnis gekommen sind — eine Vermutung, welche gesetzlich nicht so bestimmt ausgesprochen ist, jedoch nicht entbehrt werden kann, aber freilich, wie schon erwähnt, in einzelnen Fällen zu auffallenden Härten führt. In Zeiten fortschreitender Humanität kann wohl mit Fug und Recht die Forderung ausgesprochen werden, dass der aus dem alten Rechte stammende strenge Satz ¹⁾ mit Rücksicht auf die

1) Ganz rigoros wurde derselbe doch nicht angewendet, denn nach v. Savigny, System III. S. 384, kam den *rustici* Unkenntnis der Strafgesetze doch zugut.

Individualität des Strafrechtsfalles und namentlich des Beschuldigten eine Einschränkung erleide dahin, dass bei dem Nachweis einer wirklich unverschuldeten Nichtkenntnis eines Beschuldigten von dem Bestehen eines mit Strafe bedrohten Ge- oder Verbotes eine Zurechnung zur Schuld ausgeschlossen werden könne. Auch v. Wächter ¹⁾ sträubte sich schon gegen die unbedingte Annahme, dass jeder Zurechnungsfähige wisse, was nach positivem Rechte verboten, was zur Annahme einer nicht zu rechtfertigenden *praesumptio doli* führen würde, sobald man jenes Wissen als Erfordernis des *Dolus* betrachte. Der Beweis des Schutzeinwandes der Nichtverschuldung einer Unkenntnis der verletzten Strafbestimmung wird sich nur im Fall einer Vorschützung jenes Einwandes oder von Amtswegen im Fall eines Zweifels an dem Bestehen der Regelannahme nötig machen und, da es sich um eine Ausnahme von der Regel handelt, auch nicht so leicht als erbracht anzusehen sein. Aber so gut man Umstände für nicht zurechenbar erklärt, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören, deren Vorhandensein aber jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung nicht kannte, und bei fahrlässig begangenen Handlungen dasselbe gelten lässt wenigstens insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist, so verlangt es auch eine »ausgleichende Gerechtigkeit« — *aequitas* —, dass eine aus entschuldbarer Gesetzesunkennntnis begangene strafbare Handlung nicht zugerechnet werden darf, d. h. sofern die Entschuldbarkeit eine reine, glaubhafte und auch nur von dem Verdacht der Vernachlässigung der allgemein erforderten Aufmerksamkeit unter den individuellen Verhältnissen ganz freie ist ²⁾. Wenn strafrechtliche

1) Gerichtssaal, XVI. S. 56. 64: »Zur näheren Bestimmung des *Dolus*-begriffes«. Die Berufung auf Rechtsirrtum wird schlechtweg durch die Präsumtion der Rechtskenntnis abgeschnitten — und einen Beweis der Ausnahme davon will man auch nicht zulassen?!

2) Es liegt nicht im Plane dieser Arbeit, die Lehre vom Irrtum mit hereinzuziehen; indessen wird der Rechtsirrtum stellenweise mit berührt und es gilt für ihn analog alles von der Nichtkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit Gesagte. Die vielfachen Bemühungen, zwischen faktischem und Rechtsirrtum, namentlich innerhalb der Vorschrift

Bestimmungen nicht abseits der Rechtsanschauungen der bürgerlichen Gesellschaft oder einzelner herrschender Kreise

des § 59 St.G.B.'s genügend zu unterscheiden, sind bei dem Festhalten an dem Grundsatz, dass Nichtgekanntes nicht zuzurechnen sei, überflüssig. Eine Scheidung des rein Thatsächlichen als Gegenstands des Irrtums von dem rein Rechtlichen als solchem ist m. E. gar nicht durchführbar im Strafrecht, weil das Thatsächliche meistens in der engsten rechtlichen oder rechtserheblichen Beziehung als Strafbarkeitsmerkmal, als rechtliche Unterlage des Deliktsbestandes zum Rechtsbegriff des ganzen Delikts gehört — als Teil dieses. Das Urteil des R.G. v. 9/IV. 1881 bemüht sich z. B. bei der Notwehr eine solche Scheidung als möglich darzustellen, indem es sagt: Wer bei der Notwehr die objektive Seite unrichtig beurteilt und irrtümlich die thatsächlichen Voraussetzungen derselben für gegeben erachte, sei straflos; dagegen müsse eine Berufung auf Notwehr dann zurückgewiesen werden, wenn der Thäter den Rechtsbegriff derselben verkannt und nicht im Irrtum über ihre thatsächlichen, sondern über ihre rechtlichen Voraussetzungen gehandelt, z. B. auch Verteidigung gegen einen rechtmässigen Angriff für zulässig erachtet habe. Der Rechtsbegriff der Notwehr setzt sich aber aus thatsächlichen Voraussetzungen zusammen; Irrtum eines Angegriffenen über die Berechtigung zur erforderlichen Verteidigung kann auch darin bestehen, dass ihre Grenzen in thatsächlicher Beziehung verkannt werden, z. B. dass ein drohender Angriff für einen »gegenwärtigen« gehalten wird, indem der Angegriffene beides identifiziert; ähnlich bei dem Irrtum über die Zulässigkeit der in Notwehr erfolgten Verfolgung eines Diebes in Kontinuität bezüglich der Frage, ob der Angriff auf das Eigentum schon beendet war, womit das Notwehrrecht aufhört, wenn die geraubte Sache mit Gewalt abgenommen war; ferner der Begriff der Abwendung des Angriffs ist ein auf thatsächlichen Voraussetzungen beruhender und der Irrthum hierüber kann auch zu einem Rechtsirrtum rücksichtlich der Abwendungsmittel als erlaubten oder nicht erlaubten gemacht werden. Die »Grenzen der Verteidigung« sind auch rechtliche Voraussetzungen, aber lediglich durch Thatsachen bedingt, durch faktische Umstände, deren irrtümliche Beachtung oder Nichtbeachtung die Ursache eines anscheinenden Rechtsirrtumes bildet. Die Verkennung der Rechtswidrigkeit des Angriffs geht ja oft auf der Grenze des s. g. faktischen wie des Rechtsirrtums hin bei der Abwehr in Gewaltverhältnissen stehender Personen gegen vermeintliche Überschreitungen von Angriffsgrenzen oder Befugnissen, wodurch der Irrtum über die Verteidigungsberechtigung getragen wird und wo das Strafbarkeitsbewusstsein mangeln muss, weil ein Berechtigungsbewusstsein das Denken beherrscht — guter Glaube genannt. Der Irrtum über ein qualitatives und quantitatives Bestehen einer Berechtigung ist als Rechtsirrtum auch ein solcher über die Existenz

derselben gegeben werden und wenn sie das Bewusstsein ihrer die Verkehrsverhältnisse beherrschenden Notwendigkeit wieder spiegeln sollen, so würde eine Ausdehnung des in § 59 des deutschen St.G.B.'s ausgesprochenen Satzes für die Zurechnung bei Gesetzesunkenntnis und Rechtsirrtum den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft und auch den der meisten Träger der Strafrechtspflege im Einklang mit den humanitären Bestrebungen in der neueren Zurechnungslehre, entsprechen. Man kann und darf sich nicht gegen die täglich zu machenden Beobachtungen verschliessen, dass die berechtigtesten Klagen über Verurteilungen nach Strafbestimmungen erhoben werden, welche dem Verurteilten nach allgemein menschlichen Erfahrungen nicht zugänglich oder bekannt sein oder leicht in Vergessenheit gekommen oder auch nicht oder nicht richtig nach Form und Inhalt verstanden sein konnten; auch dem Rechtspraktiker empört sich da nicht selten sein Rechtsgefühl gegen den Legalitätszwang, den er üben muss, weil das Gesetz ihm nicht Raum giebt, von seiner Vollstreckung abzusehen. Das sind eben die unvermeidlichen Härten jenes alten starren, ausnahmslosen Rechtssatzes von der Nichtentschuldbarkeit des Rechtsirrtums, an welche dann auch die Behauptung geknüpft wird, dass Unkenntniss des Daseins und Inhaltes eines Strafgesetzes nicht geeignet sei, den strafrechtlichen Dolus auszuschliessen, was nach Vorgang einiger Entscheidungen des vormaligen Obertribunals für Preussen auch das deutsche Reichsgericht festgehalten hat. Aber es mag nicht unerwähnt bleiben, dass das preussische Allgemeine Landrecht II. 20. § 11 der gedachten Humanitätsforderung annähernd Rechnung getragen hatte in der Bestimmung: »dass eine absichtliche Verletzung

als Thatsache, ebenso aber der über das Nichtbestehen eines Rechts; die Begründung aber der irrtümlichen Annahme ist es, worin etwas Schuldhaftes liegen kann, indem sie sich auf zwingende oder auch nur menschlich annehmbare Gründe aus Wahrnehmungen oder auf falsche, leichtfertige Beurteilung abseits des vernünftigen Denkens stützt. Daher wird jedenfalls nicht blos bei der Notwehr, sondern überhaupt der Irrtum über rechtserhebliche Merkmale nach seiner Entschuldbarkeit, also auch der über die rechtlichen Beziehungen von Thatsachen nach der Begründung oder Nichtbegründung gemäss § 59 St.G.B. zu beurteilen sein.

der öffentlichen oder Privatsicherheit durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden könne und dass auch sonst die Strenge der Gesetze wenigstens den treffe, der das Strafgesetz zu wissen, »schuldig und imstande gewesen«. Nach Goltdammers Materialien I. S. 378 wäre eine analoge Bestimmung im preussischen wie im deutschen St.G.B. als überflüssig weggelassen worden. Lucas a. a. O. S. 82 führt neuere Gesetzentwürfe auf, in welche jener Grundsatz als ein für das Bestehen der Rechtsordnung unentbehrlicher, ein selbstverständlicher und internationaler geworden, Aufnahme gefunden habe. Das preussische Allgemeine Landrecht hatte es sonach den Strafbehörden überlassen, die Ausnahmefälle zu begrenzen, in welchen ein Beschuldigter das Strafgesetz zu wissen nicht schuldig und nicht imstande gewesen sei, wo er mithin durch Gesetzesunkenntnis entschuldigt werde, und daraus erklärt sich sehr wohl die bei dem preussischen Obertribunal auch später noch hie und da zutage getretene Auffassung, dass die einzelne Strafbarkeit davon abhängen, ob der Beschuldigte sich der allgemeinen Strafbarkeit seiner Handlung unter den gegebenen Verhältnissen bewusst gewesen, den kriminalrechtlichen Dolus gehabt habe, dass der irrige Glaube, eine konkrete Handlung falle nicht unter den Begriff eines Strafgesetzes, geeignet sei, Strafflosigkeit herbeizuführen, oder dass nach allgemeinen Grundsätzen vorausgesetzt werde, der Beschuldigte habe in dem Bewusstsein gehandelt, seine Handlung falle unter ein Strafgesetz u. a. m.

An die Kenntnis von dem Bestehen und Inhalt einer strafgesetzlichen Bestimmung (Ge- oder Verbot mit Strafdrohung) knüpft sich in der Regel die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit der darunter fallenden Handlung, d. i. das Sichklarwerden und Bewusstsein, dass letztere dem in der einschlagenden Bestimmung begrenzten oder gesetzten Recht zuwiderlaufe, und daran weiter die Erkenntnis und das Bewusstsein der konkreten Strafbarkeit jener rechtswidrigen Handlung. Beide sind nicht ohne weiteres gleichbedeutend, da auch eine gesetz- oder rechtswidrige Handlung nicht stets strafbar zu sein braucht; indessen in der Strafrechtspflege handelt es sich regelmässig um rechtswidrige und mit öffentlich-rechtlicher Strafe

bedrohte Handlungen und daher wird Erkenntnis und Bewusstsein der Strafbarkeit gleich der der Rechtswidrigkeit gebraucht und häufig mit »Strafgesetzwidrigkeit« identifiziert, indem damit bezeichnet werden soll, dass die Erkenntnis der in einem bestimmten Strafgesetz zum Ausdruck gelangten (konkretisierten) Strafrechtswidrig- und Strafbarkeit einer Handlung vorhanden gewesen sei. Die Erkenntnis und das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit und konkreten Strafbarkeit setzt allerdings die Kenntnis der bestimmten Strafvorschrift voraus und ihre Feststellung dient wesentlich dazu, im Beweis den Ausgangspunkt für die Schlussfolgerung auf das Vorhandengewesen- sein des Bewusstseins der Strafgesetzwidrig- und konkreten Strafbarkeit der fr. Handlung zu gewinnen; indessen zuverlässig ist ein solcher Schluss immer noch nicht, da trotz der Gesetzeskenntnis im einzelnen Fall doch die Erkenntnis und das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit und Strafbarkeit in concreto ausgeschlossen sein kann, wenn eine Beurteilung oder Vergleichung der fr. Handlung mit der im Strafgesetz begrenzten Handlungsweise (Thatbestand) unterblieben oder zwar vorgenommen war, aber zu dem Ergebnis kam, dass eine Deckung jener mit der vorgenommenen Handlung nicht in allen Bestandteilen vorlag, dass also objektiv in dieser nicht ein Unrecht, wie das im Strafgesetz beschriebene, erkannt zu werden vermochte, oder auch dass subjektiv eine jedes Unrecht ausschliessende Berechtigung zu der Handlung als bestehend angenommen werden konnte. Für das »vermochte« und »konnte« als relative Begriffe muss es aber einen Massstab geben und diesen hat die Gesetzgebung in die Hand der Strafrechtspflege- Organe gelegt und zwar in die Beurteilung nach allgemeinen Lebenserfahrungen, wie das preussische Landrecht sehr richtig bemerkte, nach dem, was einer in seiner Einzellage zu wissen schuldig und imstande sei¹⁾. Wenn also der

1) Es wird mehrfach bestritten, dass auf den Grund der Unkenntnis etwas ankomme, wenn die Schuld überhaupt in Frage stehe; so z. B. auch von Schwarze, Binding u. a. m. Auch Olshausen, Komment. Note 12 zu § 59: »Fehlt das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bei Be- gehung einer Handlung, so kann vom Vorliegen einer vorsätzlichen strafbaren Handlung keine Rede sein. Der Grund, weshalb das

Schutzeinwand erhoben wird, der Beschuldigte habe in unverschuldeter Nichtkenntnis der Strafvorschrift die fr. Handlung begangen, so wird man nur dann zur Beachtung dieser Einrede gelangen dürfen, wenn die Strafvorschrift eine so besondere, für spezielle Verhältnisse gegebene ist, dass nicht jedermann, der ausserhalb derselben zu stehen pflegt, auch ohne eine konkrete Bestimmung aus nahe liegenden, zu Vergleichen veranlassenden Strafvorschriften wenigstens daran erinnert werden könnte, dass doch die fr. Handlung unter ein Strafgesetz fallen dürfte. Die Wurzel eines solchen Bedenkens oder Zweifels ruht nach der menschlichen Erfahrung in dem Gewissen, jener Quelle der ersten, noch dunkelen Erkenntnis des Erlaubten und Unerlaubten, welche durch Prüfung und Überlegung klarer und sich zum deutlichen Wissen oder Bewusstsein gestaltet. Die Vernunft ist, wie Binding treffend bemerkte, der Vermittler zwischen Gesetz und Leben, indem sie das Pflichtbewusstsein als Motiv für den menschlichen Willen erzeugt, nicht normwidrig zu handeln, nachdem die Norm und ihre Verletzungsfolge erkannt worden ist. Das Pflichtbewusstsein wirkt wie andere Motive, jedoch mit dem Unterscheidungsmerkmal, dass ihm die Herrschaft über alle Gegenreize vom Gewissen und der Vernunft anbefohlen wird, um im Einklang mit den Normen zu handeln und sich zu verhalten — kategorischer Imperativ Kants als allgemeinstes Vernunft- und Pflichtgebot für das Denken und Wollen als Voraussetzung des Handelns. Die Determinismuslehre bemüht sich freilich, das

Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlt, ist gleichgiltig; es kann deshalb von einer vorsätzlichen strafbaren Handlung nicht die Rede sein, auch wenn der Grund auf Rechtsunkenntnis oder Irrtum beruht«. Das ist ganz richtig, aber der Gesetzgeber kann die schuldhafte Unkenntnis der Kenntnis gleichstellen bei der Schuldzurechnung; indessen ist diese Gleichung inbezug auf die Strafbarkeit eine bedenkliche und es empfiehlt sich daher mehr die Annäherung an die Fahrlässigkeit. Es sollte diese nicht bei einzelnen Delikten nur besonders als Begehungsart hervorgehoben werden, sondern wäre wie in früheren Strafgesetzbüchern im allgemeinen hier zuzulassen, so dass die Strafrechtspflege eine fahrlässige Begehung subsidiär überall da annehmen könnte, wo die vorsätzliche ausgeschlossen wird und begriffsmässig doch noch Fahrlässigkeit als Schuldart übrig bleibt.

Bestehen jener inneren Stimme zu leugnen, indem ihr der Regulator für die menschlichen Vorstellungen von Gut und Böse, Recht und Unrecht kein gleichmässiger zu sein und hinderlich für die Darstellung erscheint, dass der menschliche Wille keine selbständige Geisteskraft, sondern nur das Ergebnis der den Entwicklungsgang bedingenden natürlichen und seelischen Einwirkungen auf den einzelnen darstelle. Die Erfahrung aber lehrt, dass in jedem Menschen, wenn auch in dem einen mehr, in dem anderen weniger entwickelt, jene als göttlichen, mindestens schöpferischen Ursprungs bezeichnete Stimme der Erkenntnis des Guten oder Bösen, des Rechten oder Unrechten, des Erlaubten oder Verbotenen, des Straflösen oder Strafbaren vorhanden ist und dass die Freiheit des Menschen, für das eine oder das andere sich zu entscheiden, in dem Willensvermögen mit gegeben ist. Alle Bemühungen, diese geistigen Anlagen als für das menschliche Handeln grundlegende leugnen zu wollen, sind vergeblich, denn die Erfahrung an anderen und die Selbstbetrachtung, welche in jener sich wiederfindet, bestätigt täglich, auch bei dem rohesten, ungebildetesten, sich selbst verleugnenden Menschen, auch bei dem verstocktesten Sünder, doch das Vorhandensein eines Gewissens und einer Willensfreiheit. Jene Erkenntnis von Recht und Unrecht ist aber primär als geistige Naturanlage vorhanden und ausbildungsfähig; mit ihr verbindet sich unwillkürlich das Bewusstsein des Verbotenseins einer Handlung, sobald die Erwägung zwischen Recht und Unrecht in das Erkennen eintritt; an die Erkenntnis des schon möglichen Verbotenseins knüpft sich aber im heutigen entwickelten Kulturleben unmittelbar die Frage nach der Strafbarkeit. Die Erkenntnis hiervon erweitert sich mit der Beziehung zu anderen Menschen und zur natürlichen Verkehrsumgebung. Aus ihrer gegenseitigen Mitteilung entwickelt sich die Verbreitung ihrer Allgemeinheit und der Begriff ihrer notwendigen Anerkennung als erzwingbarer Bedingung einer menschlichen Lebensordnung, der Rechtsbegriff tritt hervor, welcher sich allmähig verbreitet, und endlich in eine imperative Formel gebracht als Gesetz erscheint. Jeder gesetzlichen Regelung geht eine Verallgemeinerung gleicher Erkenntnis vieler einzelner von dem Inhalt derselben voraus und

Gesetze, welche nicht auf diese Weise entstehen, sind nicht der Ausdruck eines allgemeinen oder bei der herrschenden Menge¹⁾ verbreiteten Rechtsbewusstseins und unterliegen daher dem Wechsel mehr als solche, welche die allgemeine Erkenntnis des Rechts oder Unrechts widerspiegeln. Wie also im geordneten Menschenverkehr die Rechtserkenntnis oder das Rechtsbewusstsein, die Erkenntnis des Erlaubten und Unerlaubten, des Strafflosen und Strafbaren aus der Übereinstimmung einer grossen Mehrheit von Individuen sich zur allgemeinen Anerkennung eines Ge- oder Verbotes zu gestalten pflegt, so auch im einzelnen Menschen entspringen primär aus der vom Gewissen ausgehenden Erkenntnis Ge- und Verbote, welche das Bewusstsein der Erlaubtheit oder Nichterlaubtheit des einzelnen Handelns, der Rechtlich- und Widerrechtlichkeit, der Strafflosigkeit und Strafbarkeit erfüllen. Auf dem Gebiete des Strafrechts aber fällt gegenüber der Widerrechtlichkeit die Strafbarkeit ins Gewicht; die Strafwürdigkeit ist die Eigenschaft einer Handlung, welche durch übereinstimmendes Urteil zum allgemeineren Ausdruck gebracht in die objektive Strafbarkeit übergeht, indem die nach der Erkenntnis strafwürdig erscheinende Handlung zur strafbaren, d. h. wirklich nach einem Strafsatz zu strafenden gestempelt wird. Die Erkenntnis der Strafbarkeit ist sonach diejenige, welche darin, dass eine Handlungsweise mit Strafe bedroht sein kann oder wird, besteht, und da eine solche Handlung vorher oder gleichzeitig dem Bewusstsein der Rechtlichkeit widerspricht, erscheint sie auch als widerrechtlich oder rechtswidrig und dem Bewusstsein der Strafbarkeit entspricht dann auch das der Rechtswidrigkeit als gewöhnlich vorausgehendes — beide sind Korrelate. Letzteres könnte nur zur Hervorhebung in einzelnen Fällen betont werden,

1) A. Heiling, Macht und Recht. Wien 1890, hat ausgeführt, dass die Gesellschaft in vier Elemente zerlegt werde: leitende, gehorchende, passive und widerstrebende; eine Phase der menschlichen Gesellschaft sei der Staat als sesshafte Gesellschaft, in welcher die leitenden Kreise das Recht »von oben« bilden und ihre gesellschaftliche Macht als Recht erscheinen lassen. Dabei wird übersehen, dass in konstitutionellen Staaten mit Vertretungen der Staatsgenossen (Gesellschaft) die Rechtsbildung auch »von unten« ausgehen kann und ausgeht.

während es sich im allgemeinen empfehlen wird, die Erkenntnis oder das Bewusstsein der Strafbarkeit als Voraussetzung der Schuldzurechnung im allgemeinen als primär bei jedem Beschuldigten vorhandenen Massstab für die Willensbestimmung anzunehmen, wie dies auch vielleicht von der Reichsgesetzgebung geschehen ist (?).

Die Deliktseigenschaft einer Handlungsweise besteht ursprünglich in einer allgemeinen Erkenntnis der Strafwürdigkeit derselben, welche in die Forderung ihrer Strafbarkeit übergeht. Es kann der ausführlichen Darlegung Bindings über den Unterschied zwischen Delikt und Verbrechen nicht zugestimmt werden, dass nur das Verbotensein — ohne Rücksicht auf die spezifische Folge der Ersatzpflicht und Strafe — das Deliktsmerkmal bilde. Ein Vergehen gegen das subjektive Recht einer Gesellschaft, des Staates, auf Befolgung der Gesetze trägt die notwendige Forderung der Ausgleichung oder Sühne (Vergeltung) in sich, welche vorzugsweise in der dafür als notwendige Folge aufzustellenden Strafe besteht. Delikt und Strafe sind stets zwei Korrelate in der Ordnung des Zusammenlebens. Aber das Wesentliche im unerlaubten Verhalten in der staatlich geordneten Gesellschaft besteht in der Auflehnung gegen öffentlich-rechtliche Ver- oder Gebote und soweit diese in einzelnen Normen rechtlich begrenzt ist und Strafrechtsverhältnisse geschaffen sind durch Androhung öffentlicher Strafen, wird die einzelne Auflehnung zum Verbrechen. Die Strafbarkeit ist überhaupt Deliktsmerkmal und Delikt eine bei Strafe verbotene Handlung, und jenachdem die Strafe eine Privatstrafe oder eine öffentlich-rechtliche ist, sind die Delikte privat- oder öffentliche Delikte, welche Verbrechen i. w. S. genannt werden, als Übertretungen öffentlich-rechtlicher Ver- und Gebote, deren Folge eine öffentliche Strafe sein soll. Binding a. a. O. I. S. 179 bezeichnet aber doch Delikt als schuldhafte Normübertretung und straffähige Handlung, Verbrechen das durch das positive Recht mit Strafe bedrohte Unrecht. Wir vermögen jedoch der Polemik in Lucas's erwähnter Schrift S. 61 ff. gegen Bindings Normentheorie nicht beizustimmen; diese Theorie verwechselt nicht die den Strafgesetzen allerdings meist zu Grunde

liegenden (sic!) und also denselben vorgängigen oder verschiedenen Gebieten der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung, wie der Moral, der Wirthschaftspolitik, der Wohlfahrts- und Sicherheitspolizei u. s. w. angehörigen »Normen« mit wirklichen Rechtsnormen, sondern sie behauptet die Priorität der Ordnungsideen als Pflichtgebote, deren Aufrechterhaltung durch Strafwang als notwendig erkannt war, als der menschlichen Entwicklung immanente, welche sich in der Form von Geboten und Verboten erst in engeren, dann in weiteren Kreisen offenbaren, entsprungen dem Pflicht- und Rechtsbewusstsein und seinem Gegensatz, welches die anfänglich nur vulgären Verhaltensregeln als notwendige Bedingungen einer Lebensordnung, als Rechtsinhalt formuliert und mit einer Erzwingbarkeit (Strafe) versieht in der für die Rechtserzeugung geordneten Form. Die Rechtsgedanken als Ordnungsnormen gestalten sich empirisch mittels einer spezifischen Formgebung erst zu Rechtsnormen; nicht anders ist es mit den Strafgesetzen. Sobald diese die vulgären Deliktsbegriffe in sich aufgenommen und zu Verbrechen, Vergehen, Übertretungen formuliert haben, kann von einem dahinter stehenden »Normenkanon« keine Rede mehr sein, nach welchem die Frage, was als strafbare Handlung gilt, zu entscheiden wäre, aber sehr wohl kann darin der Massstab für den dem Strafgesetz vorausgegangenen Schuld-begriff gesucht und gefunden werden und danach wird die Schuldfrage entschieden werden können. Es fragt sich nur, ob das, was staatlich unter Strafdrohung ge- oder verboten ist in Form einer strafgesetzlichen Bestimmung auch in einzelnen Fall als vulgäre Strafnorm erkannt worden war und ob die dagegen äusserlich verstossende Handlung auch als gesetzlich strafbare erkannt werden musste oder wenigstens konnte, weil der Thäter, auch ohne Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit, instande war vermöge seiner Individualität zu erkennen, dass seine Handlung nach allgemeiner Anschauung etwa strafbar sein könne, also ein Strafgesetz verletze, welches jener allgemeinen Anschauung entsprungen sei. Stände ein Strafgesetz hiermit im Widerspruch, so würde der Einwand, dass der Beschuldigte jener Anschauung gefolgt sei, nur dann zu hören sein, wenn ihm das besondere Gesetz ohne sein

Verschulden unbekannt geblieben sei¹⁾. Das führt darauf zurück, dass der Massstab für die Beurteilung des Einwandes unverschuldeter Gesetzesunkenntnis davon zu entnehmen sei, ob der Beschuldigte die Erkenntnis der vulgären Strafbarkeit oder Deliktseigenschaft seiner Handlung haben konnte oder nicht, d. i. doch wohl auch von Binding in der Norm- oder allgemeinen Rechtswidrigkeit gemeint gewesen, welcher sich die allgemeine Strafbarkeit anschliesst. Kommt daher der Beurteiler der Beweisfrage rücksichtlich der Verschuldung zu der Überzeugung, der Beschuldigte habe keine Erkenntnis der Strafgesetzwidrigkeit und konkreten Strafbarkeit gehabt und auch eine solche nicht haben können, weil er nicht einmal die Erkenntnis der möglichen Strafbarkeit einer solchen Handlungsweise wie der seinigen überhaupt hatte oder nach den Umständen haben konnte, so kann von einer Zurechnung zur Schuld nach dem klarsten Gerechtigkeitsbegriff keine Rede sein, da niemanden ohne Kenntnis seiner Verschuldung eine Schuld zugerechnet werden darf: *sine crimine nulla poena*, d. i. nicht nur ohne Verbrechen, sondern auch ohne Schuld soll eine Strafe nicht verhängt werden oder nur den Schuldigen darf die Strafe treffen! Es liegt zwar objektiv eine Strafgesetzübertretung vor, auch eine äussere Verschuldung als Kausalität, nicht aber eine innere als Handlungsursache zurechenbare, als bewusst und gewollt oder als möglich nicht erwogene oder bedrohte und deshalb nicht zu vergeltende Handlung.

1) Vergl. über den Fall des Mangels einer solchen Kongruenz Binding a. a. O. II. S. 73. Der zuweilen von kaufmännisch nicht gebildeten Personen, die ein Handelsgewerbe betreiben und in Konkurs geraten sind, vorgeschützte Einwand, dass ihnen die Vorschriften über Führung der Handelsbücher und Bilanzziehung unbekannt geblieben seien, ist fast nie ernstlich gemeint und wird sofort auf die Erwiderung fallen gelassen, dass derjenige, welcher ein solches Gewerbe treibe, sich auch mit den gesetzlichen Erfordernissen eines ordnungsmässigen Betriebes bekannt machen müsse. Dass dies aus Nachlässigkeit unterblieben sei, wird meistens unter Beschämung eingeräumt und es mischt sich nicht selten das Geständnis bei, dass im allgemeinen jene Pflicht bekannt gewesen, aber aus Bequemlichkeit oder Unterschätzung ihrer Erzwingbarkeit (Strafbarkeit) nicht erfüllt worden sei.

Ferner tritt in der Praxis wieder die im Volksrechtsbewusstsein tief wurzelnde Anschauung hervor, dass jede Bestrafung beim Thäter nicht gerade das Bewusstsein seiner Schuld, aber das Bewusstsein der Verbots- bez. Rechtswidrigkeit seiner Handlung voraussetze, und das gilt mehr noch bei fahrlässig als bei dolos verübten Strafgesetzübertretungen. Sonach ist die Berücksichtigung der im Ausnahmefall zu stellenden Frage nach der Erkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit für eine individuelle Gerechtigkeitspflege das einzige Mittel, die mit der Beibehaltung des Satzes: dass jeder die Strafgesetze kennen müsse und sie in der Regel auch kenne, im Leben täglich hervortretende Härte zu mildern, indem die Feststellung jener Erkenntnis den Massstab dafür abgiebt, nach welchem die Ausnahme von jener Regel zu bemessen ist, wenn nicht *summum jus*, sondern *aequitas* in der Schuldzurechnung massgebend sein soll. Die Frage wegen des Erfordernisses des Rechtswidrigkeits-, Strafbarkeits- und Schuldbewusstseins ist bisher meist nur bezüglich der Zurechnung zu der Schuldart: »Vorsatz« gestellt worden, während sie auch bei fahrlässig verübten Straftaten zustellen ist, da hier inbezug auf die Rechtswidrigkeit der verursachenden Handlung wie des Erfolges mit der notwendigen Folge der Strafbarkeit das Bewusstsein hiervon nachweisbar und glaubhaft bei der Thatverübung gefehlt haben kann. Die Erkenntnis der Strafbarkeit darf hierbei eher als mangelnd angenommen werden als bei den dolosen Straftaten, weil das Wesen jener in einem mangelhaften oder ganz unterlassenen Erkennen und Denken (Erwägen und Beurteilen) mehr als in einem Willensfehler beruht, das dieser aber gerade in einem Fehler des Wollens ungeachtet der Erkenntnis eines entgegenstehenden erzwingbaren Ge- oder Verbotes. Die Anhänger der Lehre, dass auch die Fahrlässigkeit auf einem Willensfehler beruhe, bleiben den Beweis schuldig, dass die ohne Erkenntnis der strafrechtlichen Folgen vorgenommene verursachende Handlung schon auf einem fehlerhaften Wollen beruhe, während regelmässig diese *bona fide* — im Mangel des Bewusstseins des Verbotenseins verübt wird und gerade die Strafbarkeitserkenntniss Pflicht war, die erfüllt werden konnte.

II.

Die vorstehende Ausführung hat den Aussprüchen des deutschen Reichsgerichts gegenüber allerdings wenig Aussicht auf Beachtung; indessen sie steht nicht vereinzelt da und hat in früheren Gesetzen und in der Rechtsprechung des vormaligen preussischen Obertribunals und anderer Gerichtshöfe, sowie in der Theorie zum Teil, eine kräftige Stütze.

Das Reichsgericht II. Strafsenat hatte zuerst in der Entscheidung vom 25/IX 1880 sich dahin geäußert, es sei Unwissenheit des Thäters über das Bestehen des speziellen Strafgesetzes ohne Einfluss und es könne auch nicht gefordert werden, dass der Thäter sich wenigstens der Rechtswidrigkeit, des Verboten- beziehungsweise Unerlaubtseins seiner Handlung bewusst gewesen sein müsse. Die Bestimmungen des preussischen Landrechts Einl. § 13 und II. 20. § 10¹⁾ seien schon dem preussischen St.G.B. vom 14. April 1851 ferne geblieben und das deutsche St.G.B. gewähre gleich dem preussischen keinen Anhalt für die Annahme, dass das Bewusstsein der Strafwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit als allgemeine Voraussetzung für die Strafbarkeit aufgefasst sei; der die Strafausschliessungsgründe behandelnde Abschnitt 4 des Teils I erschöpfe diese Materie, ohne anzudeuten (?), dass die Unkenntniss des Thäters über das Verbotensein der Handlung die Ausschliessung der Strafbarkeit begründen könne.

Darüber, dass hier eine Andeutung der fr. Normaussetzung in Abrede gestellt worden ist, wird später ausdrücklich mehreres auszuführen sein²⁾.

1) Der § 13 cit. lautet: »Nur in dem Falle, wo vorhin erlaubte, oder als gleichgiltig angesehene Handlungen durch Strafgesetze eingeschränkt oder verboten werden, soll der Übertreter mit dem Einwande, dass er ohne Vernachlässigung seiner Pflichten vor der vollbrachten That von dem Verbote nicht unterrichtet gewesen, annoch gehört werden«. Der Inhalt des § 10. Tit. 20. Teil II ist bereits oben im Text angegeben worden.

2) In dem Urteil des Reichsgerichts vom 29/I 1880 (Entscheid. I. S. 89) war in subjektiver Beziehung bei der Kuppelei nicht mehr erfordert, als die Absicht, der Unzucht Vorschub zu leisten, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit solcher Handlungsweise

Auch in der Entscheidung des Reichsgerichts, IV. Strafsen. vom 3/II 1885 ist unter Bezugnahme auf Bd. 8. S. 183 der

aber für den Thatbestand des Vergehens für unerheblich erachtet, aber einem verzeihlichen Irrtum nur bei der Strafzumessung Berücksichtigung zugebilligt worden. Wenn freilich eine Absicht, der Unzucht Vorschub zu leisten, schon bewiesen vorliegt, so bedarf es allerdings nicht noch des Beweises jenes Rechtswidrigkeitsbewusstseins, sofern nur die Kenntniss von der gesetzlichen Strafbarkeit des Vorschubleistens dem Unzuchtsbetriebe vorgelegen hat. Ein Rechtsirrtum könnte nur dann vorliegen, wenn der Vorschub Leistende gutgläubig verneinen könnte, mit der Freigabe des Unzuchtsbetriebes als Gewerbe und Unterstellung dieses unter Polizeikontrolle sei überhaupt auch die Unterstützung dieses Gewerbes erlaubt. Der § 180 bedroht nur die gewohnheitsmässige oder aus Eigennutz betriebene Vorschubleistung, ohne weitere Angabe bezüglich des Vorsatzes, welcher hier vorausgesetzt wird, als Delikt (»einfache Kuppelei«), und daher kann das Bewusstsein nur hiervon erfordert werden neben dem nicht rechtswidrigen, der Unzucht Vorschub zu leisten. Das Strafbarkeitsmerkmal ist also in das Gewohnheitsmässige und in den Eigennutz bei der Vorschubleistung gelegt, und dass eine also betriebene Vorschubleistung im allgemeinen für strafbar gilt, das ist allbekannt und insoweit eine Berufung auf Rechtsirrtum kaum einmal zulässig. Eine fahrlässige Vorschubleistung ist nicht für strafbar erklärt, weil sie mit der sonstigen Voraussetzung (»gewohnheitsmässig oder aus Eigennutz«) im Widerspruch stehen würde. Das Bewusstsein der Strafbarkeit (Rechtswidrigkeit) eines vom Gesetze so begrenzten Vorschubleistens muss zum Vorsatz bei der Kuppelei erfordert und im Zweifelsfalle bewiesen werden, was hier gerade nicht schwer fällt, weil die genannten Strafbarkeitsmerkmale gar zu sehr in der Erkenntniss aller in solchen Geschäften bewandeter Personen liegen und von der Vernunft schon als verboten markiert werden. Das Bewusstsein, dass die fr. Vorschubleistung der Unzucht diene, ist meistens das einer unsittlichen Förderungshandlung; da diese aber an sich noch nicht rechtswidrig ist, so ist das Bewusstsein vom Vorschubleisten an den Unzuchtsbetrieb auch kein rechtswidriges, aber das Pflichtgebot in ihm drängt zur Vorsicht und Erkenntniss einer etwaigen Strafbarkeit. Wer infolge der Nichterfüllung dieses Pflichtgebotes jene Erkenntniss erlangt, hat die Folgen davon selbst verschuldet und kann demjenigen gleichgestellt werden, der sie erlangt hatte, wenn er sie nur erlangen musste und konnte. Eine unverschuldete Nichterkenntniss von dem Verbotensein solcher Vorschubleistung könnte zur Fahrlässigkeit der Folgehandlung zugerechnet werden, sofern der Unzuchtsbetrieb eine strafbare Handlung ist, wie noch vielfach im Volke angenommen wird ohne Rücksicht auf den gewerbsmässigen unter Polizei-

»Entscheidungen« des Gerichtshofes anerkannt, dass ein Irrtum über den Inhalt eines Strafgesetzes nicht entschuldige, und in der Entscheidung des I. Strafsen. vom 19/II 1885 wird besonders noch bemerkt, dass eine dem Gesetze nicht entsprechende Anschauung eines Angeklagten in dieser Hinsicht für ihn keine Befreiung von der Anwendung des Strafgesetzes auf seine demselben zuwiderlaufende Handlung begründe. Ausführlicher hat sich derselbe Strafsenat in der Entscheidung vom 17/I 1887 ausgelassen gegen den Satz: jede Bestrafung verlange, dass dem Thäter bei vorsätzlichen Delikten das Bewusstsein seiner Schuld, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung innewohne. Es wird daselbst verneint, dass das Strafgesetzbuch einen solchen Satz aufstelle und er sei auch nicht als Rechtsnorm im Sinne des § 376 St.P.O. »aus dem Sinne und Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften« (Motive zum Entwurfe der Strafprozessordnung, S. 212) zu begründen; vielmehr habe die Rechtsprechung des Reichsgerichts mit der überwiegenden Zahl der Rechtslehrer wiederholt und bestimmt den gegenteiligen Grundsatz zum Ausdruck gebracht, dass das Bewusstsein der Normwidrigkeit nicht zum Begriffe des Vorsatzes gehöre; dieser in der Theorie vereinzelt lebhaft vertretene Satz, worunter die strafrechtliche Rechtswidrigkeit und das Bewusstsein der gestörten Rechtsordnung (Normwidrigkeit) verstanden und von dem der Strafbarkeit (der staatlichen Strafandrohung) unterschieden worden sei, wäre nicht haltbar;

kontrolle gestellten Betrieb. Durch die Begrenzung der Vorschubleistung in § 180 aber ist begriffsmässig eine fahrlässige Vorschubleistung unmöglich gemacht. Wenn die obige Entscheidung dem »verzeihlichen Irrtum« die Wirkung einer Strafminderung zuerkennt, so muss doch dem Mangel am Bewusstsein der Strafbarkeit eines Thatbestandsmerkmals eine Bedeutung für die Schuldausmessung beigelegt worden sein; wenn aber eins der beiden hervorgehobenen Merkmale der gesetzlichen Strafbarkeit (konkrete Strafbarkeitsmerkmale) dem Thäter unbekannt geblieben wäre, dann fehlte ein Bestandteil der Rechtswidrigkeit nicht bloß der Kuppelei als Vorschubleistung an den Unzuchtsbetrieb, sondern auch im Vorsatze dazu — aber es bleibt die Frage offen, ob die Ursache der Nichterkenntnis des Strafbarkeitsmerkmal nicht im Thäter gelegen, eine von ihm verschuldete Unkenntnis vorgelegen habe, woraus die Strafthat hervorgegangen sei? Darauf ist später einzugehen.

es handle sich demnach nicht um das in einzelnen Fällen, wo das Strafgesetzbuch den Begriff der Widerrechtlichkeit in die Begriffsbestimmung von Vergehen aufgenommen habe, erforderliche Bewusstsein des Mangels eines subjektiven Rechts, wie bei dem Hausfriedensbruch, der Freiheitsberaubung, der Nötigung, dem Diebstahl, der Munitionsaneignung, der Amtsnötigung u. a., sondern um das als Inhalt jedes strafrechtlichen Dolus angenommene Erfordernis der Kenntnis der Strafbarkeit. Hinsichtlich des allgemeinen Begriffes des Vorsatzes sei aber die Unterscheidung zwischen der Strafnorm und der Strafandrohung ohne Bedeutung und ebensowenig als das Bewusstsein von dem speziellen Strafgesetze, sei das Bewusstsein von dem rechtlichen Verbote oder Gebote für die Verschuldung Voraussetzung, sondern die Schuldbarkeit werde lediglich durch die objektive Rechtswidrigkeit bedingt und es mache keinen Unterschied, ob die objektive Rechtswidrigkeit mit einer sittlichen (oder religiösen) Schuld zusammentreffe; auch bei rein positiven staatlichen Verbotsgesetzen gelte dasselbe, wie beispielsweise bereits bezüglich der Steuergesetze erkannt sei, dass nach allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts die Strafbarkeit nicht durch das Bewusstsein von dem Verbotensein der fr. Handlung durch die Steuergesetze abhängen, wie auch dass ein Rechtsirrtum über Strafsatzungen des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871 die Strafbarkeit einer dagegen verstossenden Verfehlung nicht ausschliesse.

In der Entscheidung desselben Strafsen. vom 2/V 1881 wird inbezug auf das Vergehen in § 286 St.G.B.'s das Nichtwissen, dass die betr. Handlungsweise unter jenes Strafgesetz falle, als ein Irrtum über die Tragweite dieses bezeichnet, der nicht entschuldigen könne; der allgemeine strafrechtliche Vorsatz, wie ihn jenes Strafgesetz voraussetze, bestehe nicht in dem Willen, dieses zu verletzen, sondern nur diejenige Handlung vorzunehmen, durch welche das Gesetz — wenn auch unbewusst — verletzt werde; die Strafbarkeit erfordere das Bewusstsein des Vorhandenseins der einzelnen, eine Straftat begründenden Thatbestandsmerkmale, nicht auch das Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit und entschuldbar sei nur der Irrtum über Thatfachen oder über Rechtsverhältnisse, welche nicht ausschliessend die Anwendbarkeit des Strafgesetzes betreffen.

Die Entscheidung des Reichsgerichts, II. Strafsen. vom 12/III 1883 erklärt den § 13 der Einleitung zum preussischen Allgemeinen Landrecht nach § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 als nicht mehr massgebend für das Strafrecht, für welches der Grundsatz gelte, dass es für die Strafbarkeit einer Handlung, welche allseitig den Thatbestand eines Strafgesetzes erfülle, nicht auf das Bewusstsein des Thäters ankomme, ob er eine strafbare Handlung begangen habe. Weder ein Rechtsirrtum über die Auslegung des Strafgesetzes, noch die Unkenntnis desselben schlossen den strafrechtlichen Dolus aus, indessen könne dieser Grundsatz nur Anwendung finden, wenn der Rechtsirrtum oder die Unkenntnis des Thäters das Strafgesetz, dessen Verletzung ihm zur Last falle, oder anderweitige gesetzliche Vorschriften, welche als Teile dieses Strafgesetzes anzusehen seien, oder die allgemeinen Regeln des Strafrechts beträfen, welche neben dem verletzten Spezialgesetze in Betracht kämen. Diese Entscheidung nimmt aber diejenigen Fälle aus, in welchen das Strafgesetz ausdrücklich die Widerrechtlich- oder Rechtswidrigkeit als Thatbestandsmerkmal hervorhebe; dann müsse auch das Bewusstsein des Thäters von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung als vorhanden gewesen im Bestreitungsfall nachgewiesen werden, wie z. B. im Falle des § 304 St.G.B.'s: »Da der Angeklagte, wie festgestellt, ein solches Bewusstsein nicht gehabt hat, konnte der erste Richter wegen Mangels eines gesetzlichen Thatbestandsmerkmals auf Freisprechung erkennen, ohne mit dem Grundsatz in Widerspruch zu treten, dass sich der Angeklagte mit der Unkenntnis des in Frage stehenden Strafgesetzes nicht würde haben entschuldigen können« — eine Rechtsauffassung, welche bereits dem Urteile des früheren preussischen Obertribunals vom 29/XI 1877 zu Grunde gelegen hat, wie auch dem ersten Urteile des Reichsgerichts über diese Frage vom 9/XII 1879.

Auch der IV. Strafsenat erklärte im Urteile vom 26/III 1889 es für rechtsunerheblich, dass die Unkenntnis des Angeklagten von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung auf einem Rechtsirrtume beruhe, da für diesen Fall das Gesetz keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 59 Abs. 1 St.G.B.'s treffe. »Nur, wenn sich der Irrtum auf das Bestehen und den Sinn des Strafgesetz

bezöge, würde er den Angeklagten nicht schützen können, weil diesem Erfolge die für die strafrechtliche Verantwortlichkeit grundsätzlich allgemein anerkannte Einflusslosigkeit der Unkenntnis des Strafgesetzes entgegenstände«. Daran wird schliesslich die Bemerkung gereiht, dass für die strafrechtliche Wirkung des die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit begründenden Irrtums es ohne rechtlichen Belang sei, ob der Rechtsirrtum entschuldbar erscheine oder nicht.

Endlich lautet die neueste Entscheidung des Reichsgerichts, IV. Strafsen. vom 13/V 1890 dahin: »Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts gehört es — abgesehen von den Fällen, in denen das Gesetz selbst die Widerrechtlichkeit der Handlung in die Begriffsbestimmung des Vergehens aufgenommen hat, — nicht zum Begriffe des Vorsatzes, dass dem Thäter das Bewusstsein von der staatlichen Strafandrohung und deren Bedeutung und Tragweite oder von der »Normwidrigkeit« der Handlung beigeohnt hat. Zur Strafbarkeit genügt es vielmehr, wenn der mit bewusstem Willen Handelnde den vom Gesetze unter Strafe gestellten Thatbestand verwirklicht. Nur die Unkenntnis von Thatumständen, die zum gesetzlichen Thatbestande gehören, bildet nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 59 St.G.B.'s einen Strafausschliessungsgrund; handelt aber der Thäter mit voller Kenntnis der tatsächlichen Sachlage und irrt er nur darin, dass er glaubt, seine Handlung falle nicht unter das Gesetz, so verkennt er lediglich den Umfang und die Tragweite des Strafgesetzes und kann sich hierauf nach dem Standpunkte des deutschen Strafgesetzbuches mit Erfolg nicht berufen« ¹⁾.

1) Das Reichsgericht näherte sich mehr und mehr der Ansicht Luden's in den Abhandlungen II. S. 521, welchen Binding II. S. 67 den »Begründer der herrschenden Schuldlehre« nannte, welcher das Erfordernis der Kenntnis sowohl des Strafgesetzes als auch der Norm prinzipiell für unerheblich erklärte, was ihn daran hinderte, den rechtmässigen von den rechtswidrigen Willen zu scheiden.

Es ist nicht unbemerkt geblieben, dass in dieser Richtung das Reichsgericht nur vereinzelt Anklänge an die Anschauungen früherer deutscher Gerichtshöfe ersten Ranges verspüren liess. Im Berliner Obertribunal war die Ansicht vorherrschend, dass bei allen Vergehen überhaupt der strafrechtliche Dolus das Bewusstsein der Widerrecht-

Es mag nicht als ein zu kühnes Unternehmen erachtet werden, wenn Verf. seine und anderer Schriftsteller Auffassung gegenüber den vorstehenden Darlegungen noch aufrecht zu erhalten wagt; hatte doch das preussische Obertribunal auch noch zur Zeit der Geltung des Strafgesetzbuchs von 1851 in einzelnen Entscheidungen, obschon es die Beseitigung jenes

lichkeit zur Voraussetzung habe, dass mithin, wo dieses fehle, vielmehr der, wenn auch irrige Glaube an eine Berechtigung der Handlung vorhanden gewesen, die Strafe auszuschliessen sei; vergl. Erk. des pr. Obertribunals vom 7/VII 1854 in Oppenhoffs Rechtsprechung V. S. 52. Desgleichen hat der Bayer'sche Kassationshof im Urteil vom 15/VI 1872 (Sammlung II. S. 182 ff.) bei jedem Verbrechen und Vergehen (nicht bei Übertretungen des Polizeistrafrechts?) »neben der entsprechenden Objektivität der betr. Handlung, dolus d. h. die Vorsätzlichkeit der Handlung mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit« erfordert; dass Unkenntnis die Rechtswidrigkeit des Vorsatzes ausschliesse, ward anerkannt im Urteil desselben Gerichtshofes (Sammlung IV. S. 500 ff.) bei der Notwehr, desgl. im Plenar-Urteil des pr. Obertribunals vom 29/I 1872 und Urteil vom 26/I 1875 (Oppenhoff a. a. O. XIII. S. 95, XIV. S. 80. 81); dazu im Urteil vom 5/II 1879 ist freigesprochen worden, weil das strafrechtliche Bewusstsein einer Rechtsverletzung, insbesondere der vorsätzlichen Zuwiderhandlung gegen § 137 St.G.B.'s gefehlt habe. Hier tritt jener von mir geforderte Massstab für die konkrete Vorsatz-Beurteilung nach dem allgemeinen strafrechtlichen Bewusstsein ganz sichtlich hervor. In dem Urteil vom 13/XI 1876 (Oppenhoff, Rechtspr. des Obertrib. a. a. O. XV. S. 777) wurde die in drei Instanzen ausgesprochene Freisprechung aufrecht erhalten, weil der Angeklagte durch eine Äusserung des Oberpräsidenten in guten Glauben versetzt, das Gesetz nicht zu verletzen (Appellgericht), das zum Thatbestand des in Rede stehenden Vergehens (widerrechtliche Anstellung eines Geistlichen) erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht gehabt habe (vom Obertribunal beigefügter Grund). In dem Urteil vom 14/IV 1875 (Oppenhoff a. a. O. XVI. S. 287) und in anderen Präjudizien des pr. Obertribunals ist das generelle Merkmal des Vorsatzes geradezu »genereller Dolus« genannt — eine zu Verwechselungen Veranlassung gebende Bezeichnung, welche bekanntlich von einzelnen Theoretikern für den unbestimmten (unklaren) Dolus gebraucht wird, welcher sich überhaupt auf eine für das fr. Angriffsgebiet denkbare Verletzung beziehen lässt. Auch bei Polizeiübertretungen, »welche ein rechtswidriges Handeln voraussetzen« (?), forderte das Urteil vom 5/X 1870 (Oppenhoff a. a. O. XI. S. 497) Strafflosigkeit, wenn dem Thäter das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehle.

§ 13 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht durch dieses Strafgesetzbuch anerkannt hatte (s. Oppenhoff, Comment. zu § 50 Anm. 8), wie in den Urteilen vom 18 III 1869, 8 III 1870, 28/XI 1875 der hier vertretenen Ansicht gehuldigt, dass Unkenntniss der Strafbarkeit einer Handlung ein Strafausschliessungsgrund sei, was Lucas a. a. O. S. 80. Anm. 2 für einen »Verstoss« in Ausnahmefällen erklärt hat. Die Mehrheit der Entscheidungen des Reichsgerichts belegt aber, dass die Praxis der Instanzen sich nicht von der Anschauung trennen kann, wie doch in einzelnen Fällen der Mangel an Erkenntnis der Strafbarkeit geradezu zu Freisprechungen hindrängt. Es war nicht mit Unrecht in den Kritiken des Entwurfes des deutschen Strafgesetzbuches von v. Wächter und Binding gegen das neueste preussische Strafgesetzbuch als der Grundlage jenes der Vorwurf erhoben worden, dass es wie sein Vorbild, das französische, die That vorwiegend in ihrer äusseren Erscheinung betrachtet, dagegen das Schuldmoment, soweit es über die äussere Rechtsverletzung hinausgeht und die tiefere, sittliche Verschuldung als gleichberechtigten Faktor darstellt, weniger berücksichtigt habe; abgesehen von manchen formalen Argumenten, mag die Befürchtung zu Grunde gelegen haben, dass eine andere Behandlung die Sicherheit und Gleichheit in der richterlichen Beurteilung stören, ungreifbare und schwer beweisbare Momente in diese hineintragen, zu unberechtigten Einwendungen und Verteidigungsanträgen Anlass geben und dadurch Schwierigkeiten hervorrufen möchte, welche das Ansehen der Gesetze und der Rechtspflege schwächen könnten. Daher mag man hier die That als rein äusserliche Erscheinung in den Vordergrund gestellt und das Schuldmoment, wie es noch im preussischen Allgem. Landrecht Berücksichtigung gefunden hatte, haben zurücktreten lassen. Auch das Reichsgericht steht auf diesem Standpunkt, indem es die formale, äussere Rechtswidrigkeit als allein massgebend erachtet da, wo nicht ausdrücklich im Strafgesetz durch Hervorheben der Rechtswidrigkeit der Hinweis liegt, dass der Thäter nur im Falle er das Bewusstsein davon hier nicht gehabt, eine Freisprechung zu erwarten habe.

Lucas a. a. O. ist in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht der eifrigste Verfechter der Verneinung des Bewusst-

seins der Rechtswidrigkeit als eines Zurechnungserfordernisses in der Neuzeit, indem er der Widerlegung der gegenteiligen Ansicht eine indirekte Beweisführung S. 78 ff. folgen läßt; er meint, der Staat würde, wenn er zur Strafbarkeit jenes Bewusstsein voraussetzen wollte, sein Recht zu strafen abhängig gemacht haben von den schwankenden Rechtsansichten und der grösseren oder geringeren Empfindlichkeit des Gewissens seiner Unterthanen (H. Meyer, Lehrb. § 27), der Staat als Gesetzgeber könne das aber unmöglich gewollt haben, denn seine Interessen und Güter, welche er mittels Strafe schützen wolle, bedürften eines absoluten Schutzes und die denselben zugefügte Beeinträchtigung sei objektiv nicht geringer, wenn der Thäter das Rechtswidrige seines Thuns nicht empfunden habe; es würde heissen ein Privilegium, nicht nur für Unerfahrenheit, sondern auch für Trägheit und Beschränktheit aufstellen, wenn statt Betonung der wichtigen Verpflichtung der Staatsbürger, Gesetze und Sitte ihres Staates genau kennen zu lernen, die privilegierte Unkenntnis, die Stumpfheit des Pflichtbewusstseins gegen alle Strafübel wirksam sollte schützen können. »Der Staat, der das Schwert der Gerechtigkeit vor den Verirrungen des Rechtsgefühls in die Scheide stecken wollte, würde selbst auf seine Existenzberechtigung verzichtet haben. In dieser Lage würde er sich bei Zulassung jener Voraussetzung befinden, wenn er Leichtsinnigen, Schwärmern, Fanatikern und unklaren Köpfen einen Freibrief ausstellte, durch Übertretung gewisser seiner Gesetze an seinen Grundvesten zu rütteln, und kein moderner Staat könne daher ein Gesetz haben geben wollen, welches einen solchen Zustand sanktioniere«. Vergessen wir hier nicht, dass durch den Schriftsteller ein Staatsanwalt gesprochen hat, dessen obligatorische Stellung zu unserer Frage ihn zu einer solchen Beweisführung verleitet hat. Der absolute Schutz, welchen Lucas mit H. Meyer u. a. m. fordert, kann herbeiführen, dass das *summum jus* zur *summa injuria* werde, und die Forderung desselben widerspricht der der neueren Politiker und Kriminalpraktiker, dass die Individualität in der Strafrechtspflege zur Berücksichtigung zu ziehen sei und eine wahre Gerechtigkeit nur hierdurch erreicht werde, wenn der individuellen Beschaffenheit im einzelnen Fall Rechnung

getragrn werde ¹⁾. Dass, sofern dieses geschieht, die Rechtsverletzung mit Rücksicht auf den Mangel einer prinzipiellen Durchbrechung auch objektiv weniger fühlbar wird, liegt auf der Hand, wie dies stets bei den aus Wahn verübten Verbrechen der Fall ist, wo statt der Entrüstung ein Bedauern sich über die Rechtsdurchbrechung zu äussern pflegt, zumal wenn Ausschreitungen in Frage stehen, welche auf die Irrlehren einer politisch und sozial aufgeregten Partei zurückzuführen sind oder auf ein krankhaftes Einzelleben. Von einer Privilegierung des Rechtsirrtums, der Unerfahrenheit, Beschränktheit, Denkfaulheit, des Fanatismus oder sogar der geriebenen Verstellung könnte man ernstlich gar nicht reden, wenn ohne Erkenntnis der Strafbarkeit oder Rechtswidrigkeit eines Delikts eine Zurechnung nach dem Gesetz ausnahmsweise nicht zugelassen würde; denn es kann sich hier nur um äusserste Ausnahmen handeln, in welchen ein strenger Beweis der Negative, des Nichtvorhandenseins der erforderlichen Strafbarkeitserkenntnis, zu führen ist, oder der, dass eine entschuldbare Unkenntnis in der notwendigsten Voraussetzung der inneren Verschuldung vorgelegen habe bei Verübung einer strafgesetzwidrigen Handlung. Die Bedenken, welche Lucas aufstellt, würden nur zutreffen, wenn jeder Einwand eines Beschuldigten, er habe geglaubt in seinem Rechte zu sein oder kein anderes Recht zu verletzen, vollends nicht strafbar zu handeln, schlechthin angenommen würde bei oberflächlicher Wahrscheinlichkeit, wie ein solcher Einwand öfter bei Hausfriedensbruch, Arrestbruch, Widerstand gegen die Staatsgewalt, bei Beleidigungen, Körperverletzungen u. s. w. vorkommt ²⁾. Gerade der Umstand,

1) Wahlberg, Das Prinzip der Individualisierung.

2) Das ist augenfällig, dass die blosse subjektive Auffassung des einzelnen die Anwendbarkeit eines Strafgesetzes nicht schlechthin ausschliessen kann, so z. B. die des § 113 St.G.B.'s, wenn der Widersetzliche sich im Rechtsirrtum über die Rechtmässigkeit des Beamten befunden zu haben behauptet und dies plausibel zu machen versucht. Auf die Begründung des Rechtsirrtums als eines erklärlichen, nicht erheuchelten, kommt es an, ob das falsche Urteil über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Voraussetzung der Widersetzlichkeit wirklich nach den Umständen ein gutgläubiges sein konnte. Das ist Beweisfrage, von deren Beantwortung (der Entschuldbarkeit) die Zurechnung

dass bei Gebildeten zuweilen die Ansichten über das Erlaubte und Unerlaubte, auch selbst bei den Gerichten, schwankend sind, sollte ein Grund für die Berücksichtigung solcher Unsicherheit im Urteil über die Erkenntnis der Strafbarkeit umsomehr den ungebildeten Laien gegenüber sein, und wenn so häufig bei der Strafzumessung die geminderte Erkenntnis von der Strafbarkeit und Strafwürdigkeit einer Handlung als Minderungsgrund betont wird, so liegt darin schon eine Anerkennung einer Verschuldungsabschwächung, die nothwendig dahin führen muss, in potenzierten Fällen der gänzlichen, individuell erklärlichen Unkenntnis oder positiv entgegenstehenden Rechtskenntnis, also bei zweifelloser Entschuldbarkeit, eine subjektive Verschuldung ausnahmsweise im einzelnen Falle nicht annehmen zu lassen. Gerade die gesetzliche Ausnahme wird um so mehr die Notwendigkeit eines möglichststen Gesetzesstudiums im Volke vor Augen führen — *vigilantibus jura sunt scripta* und *exceptio firmat regulam* —, indem in den Entscheidungen der Gerichte sich Gelegenheit findet, die Regelforderung der Rechtskenntnis und die Eigenschaft der unverschuldeten Rechtsunwissenheit als Ausnahme zu betonen, und es findet sich auch ganz von selbst in der Praxis, dass »das Erkenntnisvermögen der Laien« nicht »nach dem Massstabe der Rechtseinsicht und der daraus entspringenden Gewissenhaftigkeit des geschulten Juristen« gemessen wird, sondern nach der individuellen Beschaffenheit des den Schutzeinwand erhebenden Beschuldigten als dem Ergebnis seiner Lebensentwicklung unter der Mitwirkung äusserer Einflüsse auf die geistige Bildung, und insofern wird der modernen Gerechtigkeitslehre entsprochen, dass der einzelne Beschuldigte als Produkt

zum Vorsatz abhängt, dessen Vorhandensein der Kläger zu beweisen hat. Aber ob wirklich Vorsatz vorhanden sei oder nicht, bestimmt sich stets nach der zu ermittelnden Auffassung des Thäters von der That — hier wie in allen Fällen der Schuldbeurteilung. Gelingt es schon nicht, die Wissenschaft des Thäters von der Rechtmässigkeit der Amtshandlung nachzuweisen, so fehlt es am Vorsatzbeweise, auch ohne dass der Beschuldigte seine Rechtsüberzeugung von der Widerrechtlichkeit der Amtshandlung zu beweisen braucht — er befand sich dann im gutgläubigen Widerstand und soll doch verurteilt werden? Das ist aber der absolute Formalismus, hinter den sich die Gegnerschaft verbarrikadirt!

körperlicher und geistiger Einflüsse, zwar nicht ausschliesslich, aber doch als ein unter deren Einwirkungen sekundär stehendes und mittelbar beeinflusstes »Geschöpf« (Merkel) mit freier, nur von dem Gewissen und der Vernunft zu leitenden, Willensherrschaft zu betrachten sei, welches als Vernunftwesen die Erkenntnis des Guten und Bösen in sich trägt und dazu veranlasst ist, der Stimme des zur Wahl des Guten veranlassenden Gewissens (Binding's »Pflichtmotiv«) durch an sich freie Willensbestimmung zu folgen — vorausgesetzt, dass eben die Erkenntnis des Erlaubten ausnahmsweise nicht fehlt oder beeinträchtigt ist. Das bedarf im Fragefalle freilich einer Untersuchung und Feststellung, über welche natürlich die Verneinung des Erfordernisses der Erkenntnis des Verbotenseins, der Strafbarkeit, bez. Rechtswidrigkeit behufs Feststellung der subjektiven Verschuldung hinweghilft — aber auf Kosten einer wirklich individuellen Gerechtigkeit, welche der Sühne der objektiven Gesetzesverletzung bei jener Verneinung zum Opfer fällt. Die von Lucas befürchteten Irrungen der Geister inbezug auf das Rechte, welche förmlich epidemisch zu werden drohten, wie z. B. die sozialistischen Lehren mit ihren Folgen, fallen offenbar nicht in den Kreis der vom Gesetzgeber und der Praxis zu berücksichtigenden Ausnahmen der Unkenntnis der Strafbarkeit, sondern sie unterfallen, wie die eigentlichen Wahnverbrechen (politische Morde — Kotzebues Tötung durch Sand), welchen die Kenntnis der Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit recht wohl innewohnt (nicht mit den sog. Putativdelikten zu verwechseln), wobei aber Selbsttäuschung und Selbstentschuldigung durch bewusste Unterdrückung der Vernunftstimme und jener Erkenntnis erheuchelt wird, der regulären Beurteilung, wonach Erkenntnis der Strafbarkeit als vorhanden gewesen, aber als wissentlich unterdrückt zu gelten hat, wie bei jeder Verbrechensentwicklung in der Seele des Thäters¹⁾. Dasselbe gilt von

1) Das thüring. St.G.B. Art. 63. Abs. 3 sagte: »Der Wahn, dass eine verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, die Unwissenheit über die Strafbarkeit der Handlung überhaupt oder über die Art und Grösse der Strafe, die Beschaffenheit der Beweggründe zur That und der Zwecke, welche der Thäter erreichen wollte, schliessen die Strafbarkeit der Handlung nicht aus«. Im sächs.

den politischen Rednern, welche Lucas S. 79 noch besonders bei seiner Beweisführung ins Feld geführt hat. Es ist ja denkbar dass es auch Anhänger der extremsten sozialistischen Lehren giebt, welche diese für sittlich und ihre Verwirklichung staatsrechtlich für erlaubt halten, wie es in allen geschichtlichen Parteikämpfen Streiter gegeben hat, die von einem Bewusstsein das Rechte zu verfechten, geleitet waren; indessen diese gerade sind am meisten und am ehesten in der Lage zu prüfen, ob ihre von den Normen abweichenden Reden und Thaten nicht strafbar sein könnten, und damit ist, wie oben zu zeigen versucht wurde, der Zweifel an der Erlaubtheit und Straflosigkeit und das Bewusstsein der möglichen Unerlaubtheit und Strafbarkeit (die Basis des eventuellen Dolus) vorhanden und das Gebiet des Eventualdolus und der Fahrlässigkeit eröffnet, wenn auf die Gefahr der eventuellen Rechtswidrig- und Strafbarkeit, ja der Bestrafung hin, der Wille zur Ausführung der vorgenommenen Handlung gebracht wird¹⁾. Wenn aber vereinzelte Irrungen, z. B. bei Beleidigungen über die ehrverletzende Eigenschaft einer Äusserung ohne den Hintergrund einer beleidigenden Absicht, bei Schmähung von Staatseinrichtungen oder obrigkeitlicher Anordnungen — § 131 St.G.B. — über die Grenzen erlaubter Kritik, oder über amtliche Pflichtgrenzen, wie bei Amtsverbrechen oder bei der in § 92 St.G.B. erfordernten Geheimhaltung (Prozess »Geffken«) u. s. w. vorkommen, bei denen nachweisbar der Mangel der Erkenntnis der Rechtswidrig- und

St.G.B. lautete Art. 95: »Durch Unbekanntschaft mit dem Gesetze, welches die Handlung mit Strafe bedroht, wird ein begangenes Verbrechen ebensowenig, als durch Wahn, als ob dieselbe nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt oder verdienstlich sei, entschuldigt«. Vergl. über »Rechtswahn« Goltdammers Archiv XIII. S. 223 ff.

1) Binding, Die Normen II. S. 62. Anm. 11: »Bei anscheinend absichtlich unterlassener Kenntnissnahme wird der Unterlassende nicht selten Dasein wie Inhalt des Gesetzes, was er nicht genauer kennen lernen will, vermuten. Solche Vermutung reicht aber völlig aus, um für seine Übertretung dieses Gesetzes dolus eventualis anzunehmen«. Es kann hier aber auch Fälle geben, wo der Wille, mangels einer pflichtmässigen Erwägung, dass eine Normwidrigkeit in der fr. Handlung liegen könne, nicht auf eine Rechtsverletzung gerichtet und damit die Handlung auf Fahrlässigkeit in der Erwägung zurückzuführen ist.

Strafbarkeit zu Grunde liegt, da ist es auch am Platze, dass, wenn dieser Mangel glaubhaft gemacht wird, er für die Zurechnung zur Schuld nicht unbeachtet bleiben darf, wie das offenbar in dem Strafprozess gegen Dr. Geffken bei der Reichsgerichtsentscheidung der Fall gewesen muss, als die Setzung ausser Verfolgung ausgesprochen wurde, indem dort im Vorsatze nur das Erfordernis des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit fehlte, welches sich auf die Pflicht zur Geheimhaltung von Nachrichten konzentriert, deren Geheimhaltung für das Wohl des deutschen Reichs oder eines Bundesstaats erforderlich ist; bestand bei jener öffentlichen Bekanntmachung nachweisbar die Überzeugung des Angeschuldigten davon, dass die Geheimhaltung der von ihm veröffentlichten Nachrichten nicht (objektiv oder auch für seine Veröffentlichung) erforderlich, ja vielleicht im öffentlichen Interesse der Aufklärung förderlich gewesen sei, so musste der Verdacht entfallen, dass der Angeschuldigte das Bewusstsein von der Strafbarkeit oder der hier an erster Stelle in Frage kommenden Rechtswidrigkeit seiner Veröffentlichung gehabt habe, mithin es an einem hier im Gesetz (§ 92 St.G.B.'s) noch besonders hervorgehobenen Bestandteil der Vorsätzlichkeit, an jener Kenntnis des Geheimhaltungs-Erfordernisses, fehlte. Was hier das Gesetz noch besonders zur Erklärung der Widerrechtlichkeit im Vorsatze hervorzuheben für nötig erachtete, gilt aber von selbst im Gattungsbegriff bei den strafbaren Handlungen, wo auch die objektive und subjektive Widerrechtlichkeit nicht hervorgehoben worden ist; diese ist Voraussetzung der Kriminalität oder staatlichen Strafbarkeit auch ohne Hervorhebung, wie z. B. bei der Körperverletzung, wo die Zurechnung zur Schuld entfällt, wenn das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit ausgeschlossen wird, weil das Bewusstsein eines vorhandenen Rechts, wie bei dem Chirurgen, des Züchtigungsrechts bei Eltern und Lehrern, einer amtlichen Befugnis u. dgl. vorhanden ist; hier ist die Rechtswidrigkeit (d. h. die objektive, welche durch ein Recht i. s. S. ausgeschlossen werden kann) nicht ausdrücklich betont, das Gesetz muss sie, wie nicht anders denkbar ist, jedoch stillschweigend bei der vorsätzlichen und

fahrlässigen Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung vorausgesetzt haben und mithin auch das Bewusstsein davon bei dem strafbaren vorsätzlichen Thäter; der Mangel dieses muss doch jedenfalls als Entschuldigungsgrund stillschweigend angesehen worden sein.

Der entschuldbare Rechtsirrtum über die Grenzen von Berechtigungen bei strafbaren Überschreitungen derselben wird künftig auch nicht mehr ausser Beachtung gelassen werden können, zumal er so nahe liegt an der Erkenntnis von dem Bestehen und Inhalt von gesetzlichen Bestimmungen als einer Thatsache oder einem faktischen Verhältnis, wenn der Thäter den betr. Umstand in seiner rechtlichen Beziehung zur That nicht kannte. Die Hilfe des § 59 St.G.B.'s wird allerdings vielfach in Anspruch genommen. »Der Dolus ist mit dem Irrtume unvereinbar; der Irrende wollte etwas anderes als die That, wie sie sich in Wahrheit darstellt; That und Wille decken sich nicht. Welche andere Vorstellung den Irrenden beherrschte, ist dabei gleichgiltig; er wollte das nicht, was als Requisit der strafbaren Handlung gesetzlich festgestellt ist. Von selbst ergibt sich hieraus, dass für die Frage des Dolus es gleichgiltig ist, ob der Irrtum ein entschuldbarer oder nicht, ob der Wille auf einen anderen, ebenfalls strafbaren Erfolg gerichtet war (abgesehen von der Frage über den Versuch des gewollten Verbrechens) ¹⁾. Die Inanspruchnahme einer etwaigen strafgesetzlichen Bestimmung über den Rechtsirrtum im Anhang an die des § 59 St.G.B.'s würde weniger zu befürchten sein, da nur ein glaubhaft entschuldbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit Berücksichtigung finden könnte, und dahin gehört vor allem, dass die Unkenntnis nicht aus Nach- oder Fahrlässigkeit verschuldet ist, wie in der im Abs. 2 des § 59 enthaltenen Beschränkung auch bezüglich der fahrlässigen Unkenntnis der Thatbestandteile anerkannt ist. Am Schlusse des § 59 St.G.B.'s sollte zur Beseitigung aller Zweifel die Bestimmung stehen: »Eine strafbare Handlung ist demjenigen nicht zuzurechnen, welchem glaubhaft und nachweisbar ohne sein Verschulden die

1) v. Schwarze, Komment. zum St.G.B. S. 17.

Erkenntnis ihrer Strafbarkeit bei ihrer Begehung fehlte«. Oder es genügte vielleicht der kürzere Satz: »Rechtsirrtum schliesst die Zurechnung nur insoweit aus, als er nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist«. Dieser letzte Satz könnte dann am Schlusse des § 59 stehen, weil hier die Entschuldbarkeit der Unkenntnis begrenzt ist und fahrlässig verschuldeter Rechtsirrtum auf gleicher Stufe mit der fahrlässig verschuldeten Unkenntnis von Thatumständen steht.

Die indirekte Beweisführung Lucas's, dass eine Gesetzgebung nicht leicht zu einer derartigen Bestimmung gelangen würde, erleidet eine Widerlegung durch die Thatsache, dass in Strafgesetzbüchern z. B. für Oldenburg, Art. 40, Hannover, Art. 84 Ziff. 6, Württemberg, Art. 99 die Härte jener Auffassung durch die ausnahmsweise Milderung abgeschwächt worden ist, dass Strafflosigkeit zugesichert war, wenn der Thäter die Handlung in »unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit« für erlaubt gehalten hatte. Auch das sächsische Recht schloss nach dem Zeugnis v. Schwarze's¹⁾ die Entschuldigung durch Rechtsirrtum nicht unbedingt aus. Der Ansicht dieser in Theorie, Praxis, Kriminalpolitik und Gesetzgebungskunst gleich angesehenen Autorität darf man getrost folgen: »Der Rechtsirrtum schliesst das Wissen und mit ihm das Wollen der That als einer strafbaren aus. Man kann den Beweis eines solchen Irrtums mit Misstrauen annehmen; allein der soeben aufgestellte Satz ist dadurch nicht erschüttert. Man wird davon ausgehen können, dass jeder Mensch im Staate Gelegenheit und Anlass habe, die Gesetze kennen zu lernen, und dass er sie daher kenne. Allein eine *praesumptio juris et de jure* lässt sich hierauf nicht stützen. Die Frage nach der Schuld, nach dem Wissen und Wollen des Thäters, ist eine Thatfrage, welche durch solche Vermutungen nicht für alle Fälle im Voraus endgiltig entschieden werden kann. Auch hier kann ferner die Frage nicht verschieden beantwortet werden, je nachdem die Unkenntnis vermeidlich oder unvermeidlich war, wie verschiedene Rechtslehren

1) Neue Jahrbücher für Sächs. Strafrecht VI. S. 42. 59, auch Krug, Komment. I. S. 180. 191. Schwarze, Komment. S. 245 führt die einschlagende Litteratur bis 1871 an.

und Gesetze unterscheiden; — auch bei grober Verschuldung ist die Unkenntnis eine Thatsache, deren Ursache auf die Existenz und Wirksamkeit keinen Einfluss hat. Der Wille, eine bestimmte That zu begehen, reicht nicht hin, den Thäter straffällig zu machen; — er ist hiermit noch kein rechtswidriger Wille, wenn man nicht letzteren von der Schuldfrage völlig loslösen will«. Schwarze sprach sich bei dieser Gelegenheit gegen die Deduktion v. Wächters und Breidenbachs aus, dass *dolus* vorhanden sei, sobald das, was der Thäter wollte, den Thatbestand eines Unrechts bildete, dahin, dass die Kenntnis der »Strafwürdigkeit« aber kein Moment des Vorsatzes sei, indem er richtig bemerkt, der Thäter lege bei dem Irrtum über das Gesetz nicht, wie v. Wächter sage, nur eine geringere Feindseligkeit gegen das Gesetz und eine geringere Intensität des widerrechtlichen Willens an den Tag, sondern überhaupt keine Feindseligkeit und keinen (bewusst) widerrechtlichen Willen. Schwarze wehrte im Anschluss an den zwischen Heinze und Gessler¹⁾ über unsere Frage geführten Streit die Auffassung ab, als sei auf Grund einer Vermutung jene Regel: *ignorantia juris nocet* entstanden, vielmehr sei sie aus Gründen der Kriminalpolitik, damit die bürgerliche Gesellschaft in ihrer Existenz und der einzelne »in seiner Sicherheit nicht gefährdet sei«, aufrecht erhalten worden, zumal man namentlich bei Übertretungen durch die Häufigkeit des Einwandes der Gesetzesunkenntnis zum guten Teil eine Lahmlegung des Gesetzes befürchtete, während bei denjenigen Handlungen, welche nach allgemeinen menschlichen Begriffen und nach dem Standpunkte der Volksbildung überhaupt sich als strafbar darstellen, die Frage höchstens bei Fremden von niedriger Bildung, kaum vorkomme. Weiter verwahrte Schwarze sich gegen die Auffassung, als ob der Thäter die gesetzliche Bestimmung selbst, durch welche die That verboten sei, gekannt haben müsse, vielmehr will er nur das Bewusstsein der »Strafwürdigkeit« der Handlung genügen lassen, wofür andere richtiger »Strafbarkeit« setzen.

1) Gerichtssaal 1853. S. 217 ff. 306 ff. 321 ff. XIII. S. 397 ff. XIV. S. 232 ff.

Auch die unrichtige Anwendung eines dem Thäter bekannten Gesetzes auf die beabsichtigte That soll nach Schwarze, Komment. S. 248, den *dolus* ausschliessen, also falsche rechtliche Folgerungen (Irrtum über Inhalt und Tragweite) aus dem Strafgesetze, bei Irrtum über einschlagende zivilrechtliche Sätze (Eigentum, Vertragsperfektion, Verwandschaftsverhältnisse, Erlaubtheit eines Vermögensvorteils, Selbsthilfe u. s. w.). Er fordert weiter die Berücksichtigung eines Irrtums über das rechtliche Bestehen einer Befugnis in den Fällen, wo das Strafgesetz das »unbefugt« als Thatbestandsmoment aufgenommen hat, ferner bei der Selbsthilfe, welche an sich nicht strafbar sei, die Berücksichtigung des Irrtums in der rechtlichen Auffassung der thatsächlichen Verhältnisse; auch erkennt er ein Argument für das Vorhandengewesensein des guten Glaubens eines Beschuldigten in der von der Thatausführung vorausgegangenen Versicherung gegen die Begehung einer Rechtsverletzung durch Befragung Rechtsverständiger oder Einholung obrigkeitlicher Erlaubnis.

Der für das fr. Bewusstsein von Schwarze gebrauchte Ausdruck »Strafwürdigkeit« ist offenbar angewendet worden anstatt »Strafbarkeit«, um die konkrete nach dem Strafgesetz feststehende, die gesetzte Strafbarkeit auszuschliessen, da das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit, welches auch die Strafsatzung mit umfasst, ausgeschlossen werden sollte; dasselbe gilt von Gessler's Doluslehre a. a. O., von Bekker's Theorie des Strafrechts, § 20, bezüglich der »Staatswidrigkeit«, von Heinze's »Pflichtwidrigkeit« und Binding's »Normwidrigkeit«. Alle diese auch von Lucas a. a. O. S. 83 kritisierten Ausdrücke lassen erkennen, dass es galt, der »Strafgesetzwidrigkeit« ein sie auch subjektiv bedingendes, vorausgehendes Schuldmoment entgegenzusetzen, welches der Massstab sein soll für die Beurteilung des Vorhandenseins der Strafgesetzkennntnis, das ja als Regel anzunehmen ist, da das allgemeine Gebot bei der Strafgesetzveröffentlichung stillschweigend dahin geht, dass jedes Gesellschaftsglied im Staate sich das Strafgesetz auch zur Kennntnis bringe. Den in den Strafgesetzen ge- oder verbotenen Handlungen haftet der kriminelle Charakter meistens schon nach dem Volksrechtsbewusstsein an, bevor

er formuliert durch das Gesetz ihnen beigelegt wird, und die frühere »Normwidrigkeit« wird erst hierdurch zur »Gesetzwidrigkeit«. Die frühere innere Gehorsampflcht der Norm gegenüber wird nach deren Erhebung zum Gesetz eine staatlich erzwingbare Rechtspflicht und das Bewusstsein jener Pflicht zur Unterwerfung unter die Norm ist ein jedem innewohnendes, welches auch zum allgemeinen oder verallgemeinerten Ausdruck gebracht in den Begriffen von »Recht« und »Unrecht«, aus denen die Ableitung des einzelnen unrechten Handelns, des strafbaren Thuns, Unterlassens, Verhaltens erst erfolgt, objectiviert wird. Daher wird für »Normwidrigkeit« auch »Rechtswidrigkeit« und als einzeln erkannte logische Zwangsfolge »Strafbarkeit« gebraucht. »Strafbar« ist nicht bloß die durch ein Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung, sondern »strafbar« kann auch *de lege ferenda* eine normwidrige Handlung wegen der Intensität ihrer Rechtswidrigkeit (Gefährlichkeit, Schwere, Rechtsgütervernichtung) erscheinen, ebenso wie vorausgehend nach der Volksanschauung eine nur normwidrige Handlung, welche dem einzelnen Beurteiler Strafe zu verdienen scheint oder »strafwürdig« erscheint, als eine solche, welche durch eine Strafgewalt zu einer »strafbaren« (objektiv) zu machen sei ¹⁾. Das Bewusstsein der Strafbarkeit ist sonach in der Strafrechtspflege nur die Erkenntnis der s. g. Kriminalität einer Handlung, d. h. dass diese in das Gebiet der staatlichen Bestrafung ihrer Normwidrig- bez. Rechtswidrigkeit wegen gezogen sei oder

1) Die Bezeichnung »strafwürdig« wird wie »strafbar« ebenso für eine Handlung als wie für den Thäter gebraucht in der Beurteilung des Verdienens einer Strafe. Mit dem Bewusstsein der Strafwürdig- oder Strafbarkeit ist das Bewusstsein der Schuld oder der Verschuldung nicht zu verwechseln; dieses ist an sich nur das Wissen von der im Thäter ruhenden Verursachung einer That ohne Rücksicht auf deren strafbare Eigenschaft. Die »strafrechtliche Verschuldung« bringt erst die Korrellate von Schuld und Strafe in Verbindung mit einander. Das Bewusstsein strafrechtlicher Verschuldung bei der Thatverübung braucht nach der Ansicht mancher nicht für die Zurechnung nachgewiesen zu werden in der Bedeutung von Schuldenerkenntnis = Verursachungsbewusstsein. Es wird aber Schuldbewusstsein häufig mit Strafbarkeitsbewusstsein (Delikterkenntnis) identifiziert. Bei den Fahrlässigkeitsdelikten aber fehlt es ganz, bei dolosen tritt es oft als irrtümliches Rechtsbewusstsein auf.

wenigstens sein könne. In allen Gesellschaftskreisen mit Autonomie tritt dasselbe hervor: hinter dem vernunftnotwendigen Ordnungs- bez. Unterordnungsgedanken (Norm) steht die Gehorsamspflicht als immanent jedem bewusstes Gebot und dieser entsprechend das vernunftgemässe Bewusstsein der notwendigen Folge für deren Nichtbefolgung, nicht der Ersatzpflicht, sondern der Strafbarkeit und des etwaigen Strafeintritts; und darin besteht das Wesentliche des Deliktsbegriffes und weiter das allgemeine wesentliche Verbrechensmerkmal¹⁾. Die konkrete Strafbarkeit überall bis ins einzelne zu kennen, kann nicht einmal einem Rechtskundigen zugemutet werden — Irrtum solcher bei Begehung einer strafbaren Handlung kommt öfters vor —, viel weniger den Laien; aber dass die fr. Handlung den Charakter einer mit Strafe bedrohten haben bez. unter ein geltendes Strafgesetz untergeordnet werden könne, also möglicherweise konkret strafbar sein könne, das muss sich jeder bei Vornahme einer Handlung fragen und beantworten, vollends heutigen Tages, wo es weit mehr Strafgesetze giebt als früher. Daher ist die »Erkenntnis der Strafbarkeit« das charakteristische Merkzeichen dafür, ob ein Strafgesetzübertreter fähig war, die Strafgesetzverletzung als solche (Rechtswidrig- und Strafbarkeit) zu erkennen, d. i. bewusst gegen eine ihr zu Grunde liegende Norm (Ge- oder Verbot) zu handeln, deren Übertretung schon als strafbar allgemein oder in herrschenden Lebenskreisen angenommen wurde. So wird jene Erkenntnis der vulgär angenommenen Strafbarkeit zum Massstab für die Beurteilung der konkreten Straferkenntnis als Voraussetzung der Zurechnung einer strafbaren Handlung, die es nach einem Strafgesetz ist, zur Schuld des Bezichtigten. Nichterkenntnis jener allgemein angenommenen Strafbarkeit ist somit ein Grund für die Nichtzurechnung oder der Ausschliessung der Zurechnung zur Schuld bei der Thatbeurteilung, ein Grund der Zurechnungslosigkeit oder Nichtzurechenbarkeit einer Strafthat, nicht aber eine Voraussetzung der »Handlungs-

1) Binding a. a. O. erkennt nicht schon das wesentliche Deliktsmerkmal in der Strafbarkeit, sondern erst das Verbrechensmerkmal. Indessen ist die Strafbarkeit schon vor der Formulierung zum Verbrechen mit dem vorausgehenden Deliktsbegriff als kennzeichnend gegeben.

fähigkeit (Binding) oder der »Zurechnungsfähigkeit« eines Bezichtigten, auch wenn diese in jedem einzelnen Fall — ad hoc, wie Binding bemerkt — untersucht wird. Nichterkenntnis der Strafbarkeit stellt sich daher in erster Linie als Grund der Nichtzurechnung zur Schuld und erst folgeweise als Strafausschliessungsgrund dar; eigentlich wäre gar nicht auf die Ausschliessung der Strafe zu kommen, wenn schon die Verschuldung als Voraussetzung ausgeschlossen war, indem die konkrete Strafbarkeit einer Handlung und des Beschuldigten mit der Schuldverneinung von selbst in Wegfall kommt, wenn die allgemeine nicht erkannt werden konnte und dies das Bewusstsein der Normübertretung ausschloss. Es ist indessen in den Gesetzbüchern, wie in Lehrbüchern, die ganze Schuldlehre, Unzurechnungsfähigkeit, Notwehr, Notstand, Unkenntnis von Thatumständen als Thatbestandsteilen unter die »Gründe, welche die Strafe ausschliessen oder mildern«, untergebracht worden, obschon es sich um Schuld ausschliessungsgründe eher als um Strafausschliessungsgründe handelte. Von der äusseren Verschuldung als Verursachung einer That bez. ihres Erfolges ist hier überall nicht zu reden, sondern nur von der inneren That-erzeugung, soweit sie in einer Verfehlung der geistigen Grundvermögen gegen Gewissensge- und Verbote oder von aussen aufgenommene Normen ihren Grund hat, in einer Verfehlung des Wollens oder des Denkens (Erkennens, Erwägens, Beurteilens, der Sorgfalt und Aufmerksamkeit) entgegen dem immanenten Pflicht- oder Rechtsbewusstsein. Die rechtliche Schuld hat ihren Ausgang nur im erwähnten Bewusstsein, welches verallgemeinert wird und sich von den verwandten Gebieten abscheidet und damit die rechtliche Schuld begrenzt. Den primären Rechtsanschauungen entsprechend knüpft das objektive Recht unter gewissen Voraussetzungen an die normwidrigen Handlungen Deliktsfolgen (Ersatzverbindlichkeit — Bestrafung) und die subjektiven Voraussetzungen vereinigen sich in der »Schuld« ¹⁾. Die kriminalistische Schuld ist die mit öffentlicher

1) Dass der Gattungsbegriff der Schuld vernachlässigt worden ist, hat Binding a. a. O. II. S. 102. Anm. 124 gerügt, unter Anführung verschiedener Definitionsversuche. Darin, dass er beide Schuldarten als Willensfehler auffasst und darin das gleiche Merkmal beider findet, habe

Strafe als notwendige Folge bedrohte — keine Strafe ohne Schuld, aber auch keine Schuld ohne Strafe! gilt als Regel, jedoch die letztere mit Ausnahmen. Die aprioristische Konstruktion, vom Begriff der Schuld aus die Schuldarten zu bestimmen, wie Binding in seiner Normenlehre versucht hat, ist weit schwieriger, als umgekehrt auf dem Wege der Induktion, aus den Erscheinungen des positiven Rechts, als dem Ergebnis der Volksanschauung über Rechtsgestaltung, Vorsatz und Fahrlässigkeit aufzufinden als die beiden Grundverfehlungen gegen die Normen im menschlichen Wollen und Denken bei dem Handeln. Bei dem Vorsatz, welcher sich bei normgemäsem wie normwidrigem Handeln findet, wird das Schuldmoment, d. h. tatsächliches Verneinen des Pflichtgebotes im Denken und Wollen, welches die Deliktsfolgen nach sich zieht, hier nur im Wollen trotz des Pflichtgebotes, durch die objektive Normwidrigkeit der Handlung gebildet (Wollen dieser ungeachtet der Erkenntnis ihrer Verbotswidrigkeit); bei der Fahrlässigkeit ist die Schuld nur im normwidrigen Handeln denkbar und besteht in der pflichtwidrigen Nichtanwendung des Denkens vor und bei dem Handeln (»pflichtwidrige Nichtanwendung der erforderlichen Sorgfalt«) ¹⁾. Indessen würde

ich ihm nie beistimmen können, da ich die Verschuldung bei der Fahrlässigkeit nicht im Wollen der verursachenden Handlung zu erkennen vermag, sondern in einer nicht pflichtmässigen Anwendung des Denkvermögens (des Erkennens, Überlegens, Beurteilens), besonders der Fähigkeit des Erkennens der möglichen Deliktsfolgen. Wäre die erforderliche Umsicht pflichtmässig vorhanden gewesen, so würde der Wille nicht die verursachende Handlung zur Ausführung gebracht haben. Daher definiert man auch die Fahrlässigkeit als einen »Irrtum« über die Tragweite der vorgenommenen Handlung und setzt damit die Schuld ausserhalb des Wollens in das Denken, besonders das Erkennen — auch der Strafbar- bez. Widerrechtlichkeit (schuldhaftes Nichterkennen!)

1) So v. Liszt, Lehrbuch § 27. Der Kausalitätsbegriff ist für die Schuldbestimmung unentbehrlich und beiden Schuldarten gemeinsam. Schuld ist die geistige Verursachung einer normwidrigen Handlung; strafrechtliche Schuld ist die staatlich zu verantwortende geistige Verursachung einer als strafbar zu erkennenden und erkannten Handlung. Das Urteil anderer darüber ist die Schuldzurechnung, das des Handelnden selbst das Schuldbewusstsein (Selbsterkenntnis), welches einen Vergleichungsmassstab in der Norm- und Straferkenntnis

man hier keinen Unterschied der kriminellen von der zivilen Verschuldung erkennen, wenn nicht die Strafbarkeit als charakteristische Deliktsfolge der verübten Normverletzung hervorträte; so kommen wir wieder auf das Strafbewusstsein als den wesentlichen Inhalt der Schuld bei dem strafrechtlichen Dolus, welchem entgegen der Wille aktiv wird, während der Mangel an der Erkenntnis der Strafbarkeit aus einem Denkfehler den Inhalt der Fahrlässigkeit als anderer Schuldart bildet. Das schuldhaftes Thun ist also zurückzuführen entweder auf jenen Willens- oder auf diesen Denkfehler. Ein Zusammenfassen der beiden einzigen Schuldarten unter den gemeinschaftlich höheren Begriff der Schuld hält v. Liszt a. a. O. § 27 für unmöglich, da sie nichts weiter gemein hätten als ihre Wirkung, weshalb der Gattungsbegriff auch nur nach dieser bestimmt werden könne; indessen gemeinsam ist bei den Schuldarten das Verfehlen gegen das Pflichtgebot, vor und bei Vornahme einer Handlung sich Rechenschaft über die Erlaubt- oder Nichterlaubtheit derselben mit ihren möglichen Folgen zu geben, ihre Normgemässheit und Straflosigkeit zu prüfen, schlechtweg sich der Erkenntnis ihrer etwaigen Strafbarkeit zu befleißigen. In der Unterlassung dessen liegt eine Verfehlung, welche indessen keine allgemeine, jede Deliktverübung umfassende, neben der dolosen oder fahrlässigen Thatverübung ist, sondern welche mit zur einzelnen Thatverübung als mitwirkender oder erzeugender psychischer Fehlgriff gehörig zu betrachten ist, wie auch Binding angenommen hat. Nur da, wo diese Verfehlung eine nach den individuellen Umständen entschuldbare oder unvermeidliche gewesen ist, also die Strafbewusstseins- bez. Normwidrigkeitserkenntnis nicht erlangt werden musste und konnte, der

findet und zwar bei der Vorsätzlichkeit schon vor der Thatausführung (primär), bei der Fahrlässigkeit erst nachher (sekundär); dort Wollen trotz pflichterfüllter Strafbewusstseinskenntnis, hier ohne solche — Bewusstsein von und Irrtum über diese bilden ein Unterscheidungsmerkmal, aber das Schuldhaftes liegt dort im Missbrauch der Willensfreiheit, hier im Nichtgebrauch des Denkvermögens, wofür ein ursächliches Pflichtmotiv massgebend ist, das in der Vernunft und dem Gewissen seinen Ursprung und bleibenden Sitz hat.

Thäter, wie das preussische Landrecht sagte, dazu »nicht schuldig oder nicht imstande« war, die Erkenntnis der Strafbarkeit zu erlangen, ist ihm die von ihm unbewusst der Strafbarkeit begangene strafbare Handlung nicht zur Schuld (zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit) zuzurechnen. Unverschuldete Nichtkenntnis der Strafbarkeit bedingt somit Schuldlosigkeit und Nichtzurechnung ¹⁾.

Auch die Ausnahme, dass schuldlose Unkenntnis der Rechtswidrigkeit die Zurechnung ausschliesse, will man vielfach nicht gelten lassen; aber es ist zu unterscheiden, wie eingangs ausgeführt wurde, die Unkenntnis der Strafgesetzwidrig- und gesetzlichen Strafbarkeit von der Erkenntnis der allgemein bewussten Normwidrig- und Strafbarkeit. Auch wir nehmen an, dass, wenn einmal die Unkenntnis der einzelnen Strafgesetze aus einer gewissen Zwangslage des Staates, welche von jedem die Erfüllung der Pflicht, die Gesetze sich zu eigen zu machen, nicht beachtet werden soll, auch kein Unterschied zwischen verschuldeter und nicht verschuldeter Strafgesetzwkenntnis zu machen sei. Der Formalismus ist hiermit gegeben. Aber damit ist noch nicht ausgeschlossen, dass rücksichtlich des Inhaltes der Schuld und ihren Voraussetzungen auch jener Formalismus ebenfalls sich wirksam erweise. Hat die Schuld Voraussetzungen, die hinter dem Strafgesetz liegen, tiefer als dessen äussere Rechtssubstanz, so muss auf diese zurückgegangen werden dürfen, um die Grundbegriffe des formalen Rechts zu verstehen, und hierbei ergiebt sich auch empirisch ein berechtigter Unterschied zwischen verschuldeter und nichtverschuldeter Normen- oder Strafverbotsunkkenntnis ²⁾. Nimmt man vollends die Zurechnungsfähigkeit als die Bestimmbarkeit des Handelnden durch das Strafgesetz, so müsste

1) Binding a. a. O. VI. S. 64 a. E. will zwar die Unterscheidung mit anderen Schriftstellern, welche, wie z. B. Schwarze a. a. O. einen Unterschied zwischen vermeidlicher und unvermeidlicher Unkenntnis als einflusslos bezeichnen, nicht gelten lassen.

2) Vom Rechtsirrtum in einzelnen Thatbestandsmerkmalen gilt dasselbe; einzelne Ausnahmen werden auch zugestanden, z. B. von Schwarze, Komment. zu § 53 bei dem Irrtum über die Berechtigung zur Notwehr. Vergl. R.G. II. St.S. im Urt. v. 2./XII. 1890.

jede Unkenntnis desselben, gleich ob schuldlose oder schuld-
 hafte, die Zurechnung ausschliessen. Gerade entgegengesetzt
 folgerte Luden: so lange es gewiss sei, dass gegen einen
 Unzurechnungsfähigen Strafe nicht verhängt werden dürfe, sei
 auch nicht zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unzu-
 rechnungsfähigkeit (»Zurechnungsunfähigkeit«) zu unterscheiden;
 sei error juris in Beziehung auf Gesetzwidrigkeit der Handlung
 wirklich ein Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit, so
 müsse er unter allen Umständen von Strafe befreien,
 könne aber demselben dieser Einfluss nicht zugeschrieben
 werden (das ist eben die Frage!), so könne er auch nicht für
 einen Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit gelten. Die
 subjektive Möglichkeit der Straferkenntnis bez. die dazu
 erforderliche »Einsicht« oder geistige Befähigung fällt
 nun als Voraussetzung in das Gebiet der Zurechnungs- oder
 Handlungsfähigkeit, als Voraussetzung ihrer Annahme als That-
 umstand (vorhandene Eigenschaft, Befähigung), nicht anders
 die Erlangung oder Nichterlangung jener Strafbarkeits- oder
 Strafgesetzwidrigkeits-Erkenntnis selbst, welche erst wieder,
 freilich nicht überall, von einer menschlichen und zwar pflicht-
 mässigen Thätigkeit abhängt; ihre Nichtübung beruht selbst
 wieder auf einer möglichen Pflichtverletzung und subjektiven
 Verschuldung oder Nichtverschuldung, worüber das Urteil sich
 in der Zurechnung offenbart. Lag hier der Grund der Nicht-
 erlangung in dem Mangel der natürlichen Anlage oder
 geistigen Entwicklung des sich auf unverschuldete Unkenntnis
 berufenden Beschuldigten, so befand er sich in einem Zustande
 nicht freier Selbstbestimmung oder der Unzurechnungsfähigkeit
 ebenso, wie wenn er durch irgend eine äussere oder innere
 Gewalt an der Erlangung der allgemein pflichtmässigen Rechts-
 kenntnis verhindert worden wäre, also durch Umstände, die
 ausserhalb seines freien Willens und seines Könnens,
 welches von jenem abhängig ist, gelegen sind. Die vom
 Können und Wollen nicht abhängigen Hinderungen jener
 im Sollen liegenden Kenntniserlangung sind die unverschul-
 deten und nicht zurechenbaren, alle anderen die verschuldeten
 und zurechenbaren für einen im allgemeinen Zurechnungs-
 fähigen. Eine Unterscheidung liegt in dem Können und
 Wollen inbezug auf die Erfüllung jenes allgemeinen Pflicht-

gebotes, sich möglichste Kenntniss der Ge- und Verbote zu verschaffen, wohl begründet; was der einzelne in dieser Beziehung kann, aber nicht will, ist schuldhaft, umgekehrt aber nicht das, was er zwar will, aber nicht kann¹⁾).

Wie schon erwähnt, wird die Schuldlehre in der Theorie meist bei der Doluslehre abgehandelt und Binding a. a. O. gebührt das Verdienst und der Ruhm, in seiner Normenlehre eine Ausnahme gemacht zu haben; den von seiner Konstruktion abweichenden Auffassungen hat er Bd. II. S. 124 ff. einen besonderen Abschnitt gewidmet und als im Prinzip seiner Darlegung am nächsten stehend S. 125 eine Reihe von Schriftstellern, darunter auch den Verfasser, aufgeführt, welche den richtigen Grundgedanken, dass das Wesen des dolus in einer bewussten Auflehnung gegen das Recht gefunden werden müsse, der ebenso quellenmässig wie in der neueren Litteratur vertreten sei, zu Grunde gelegt haben. In der That hat aber auch jener Grundgedanke in der Gesetzgebung einen geschichtlichen Wiederhall gefunden.

III.

Es muss doch ein im Volksrechtsbewusstsein tief wurzelnder Rechtsgedanke die Grundlage der Schuldlehre gewesen sein, dass so manche Gesetze der die individuelle und konkrete Gerechtigkeit zur Geltung gebrachten Auffassung gegen einen starren Formalismus absoluter Beurteilung der Strafgesetzverletzungen einen greifbaren Ausdruck verliehen hatten, schon in einer Zeit, welche der Humanität ferner stand als die gegenwärtige; leider neigt diese, ungeachtet der Nachwirkungen der Hegel'schen Schule, die in der wissentlichen Auflehnung gegen das Recht²⁾ das Merkmal des Dolus und überhaupt der Schuld

1) Baumeister, Bemerkungen zur Strafgesetzgebung S. 47: Da das objektive Recht die Form des Imperativs, das Sollen hat, so findet es seine Schranke in dem Können, der Möglichkeit für das Subjekt.

2) Heffter, Lehrb. § 65: Vorsatz sei die bewusste Willkür des Handelns gegen die Staatsordnung im Gebiete der Strafgesetze. Dollmann, Stenglein, Bekker, Geyer, Osenbrüggen, Schwarze, v. Wächter, Tittmann, Rosendael, Bomst, Grollmann, Klein u. a. m. bestanden auf dem Erfordernis, dass eine bewusste Auflehnung gegen das Recht das Wesen des Dolus ausmache.

erkannte, wieder zum absoluten Formalismus hin. Erwähnt war bereits, dass nach dem preussischen Allgem. Landrecht a. a. O. Unwissenheit der Gesetze die absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit nicht solle entschuldigen können, dass sonst aber die Strenge der Gesetze nur den treffen solle, »welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und imstande gewesen ist.« Ganz merkwürdig bestimmte das österreichische St.G.B. von 1803 I. § 3, dass Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen, da das Unrecht derselben unverkennbar sei, niemand entschuldigen könne; daraus ergibt sich schon die Annahme eines voraus erkannten und jedermann noch erkennbaren »Unrechts« (Normwidrigkeit, Deliktsnatur¹⁾), welchen Zusatz das Strafgesetzbuch von 1852 § 3 weggelassen hat. Das ältere bayer'sche und oldenburgische St.G.B. erforderte zum Dolus auch Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und der Strafbarkeit des Entschlusses und liess vorgeschützte Unwissenheit über das Dasein eines Strafgesetzes nur ausnahmsweise entschuldigen, »wenn Blödsinn, grosse Dummheit und andere dergl. Gemütsfehler dieses Vorgeben unterstützen«. Das bayer'sche St.G.B. von 1861 Art. 7 liess Unwissenheit über das Bestehen eines Strafgesetzes die Strafbarkeit nicht ausschliessen, aber das Polizeistrafgesetz v. 10. Nov. 1861 gestattete dem Polizeirichter, sofern der Thäter die übertretene, nicht allgemein bekannte, orts-, distrikts- oder oberpolizeiliche Vorschrift nicht leicht in Erfahrung bringen konnte, loszusprechen. Das württembergische St.G.B. Art. 99 bestimmte; »Mangelnde Kenntniss schliesst die gesetzliche Strafe nicht aus; eine Ausnahme findet nur statt, wenn sich aus besonderen Um-

1) Nach Binding a. a. O. I. § 29 ist das Untilgbare im Unrecht, welches Genugthuung fordert, die Wurzel der Strafe, während ein wiederherstellbarer dem Rechte widerstreitender Zustand durch Schadensersatz aufgehoben wird. Reaktion gegen das Deliktsmoment ist nur durch Strafe möglich und strafbares Unrecht ist solches, bei welchem das Deliktsmoment als Quelle von Straffolgen anerkannt wird. Strafunfähig ist nur das sog. objektive Unrecht, durch Zufall entstandenes, straffähig alles Unrecht. Die Straffähigkeit des widerrechtlich Handelnden ist mit seinem Unrecht gegeben. Was Binding wissenschaftlich zerlegt hat, war im Grunde schon früher erkannt.

ständen die völlige Schuldlosigkeit einer solchen Unkunde ergeben sollte«. Das braunschweigische St.G.B. liess durch »Unwissenheit über die Strafbarkeit« die Zurechnung ausschliessen und in § 27 erfordert es die Absicht zum Vorsatz, gerade die vom Gesetz verbotene Rechtsverletzung hervorzubringen; auch das hannover'sche St.G.-B. Art. 41 erklärte den »rechtswidrigen Vorsatz« für den »Entschluss zu einer strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewusstsein, dass sie unerlaubt sei«. Das Strafgesetzbuch für Hessen und Nassau schloss die Zurechnungsfähigkeit bei einem Zustand aus, »in welchem das Bewusstsein der Strafbarkeit oder die Willkür des Handelnden fehlt«, und das hannover'sche St.G.B. die Strafflosigkeit, »wenn die Person in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit die von ihr ausgeführte Handlung nach bürgerlichen Gesetzen für erlaubt gehalten hat« und »wenn eine nicht vorher beschlossene That begangen ist in irgend einem unverschuldeten Zustande einer solchen Verirrung der Sinne oder des Verstandes, worin der Thäter seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit sich nicht bewusst sein konnte« — letzteres ist dem bayerischen St.G.B. von 1813 Artt. 120 u. 121 entlehnt gewesen — und in Art. 41 die Definition: »Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschluss zu einer strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewusstsein, dass sie unerlaubt sei«. Hierin liegt doch der Massstab für die Erkenntnis der Strafgesetzwidrigkeit handgreiflich gegeben!

In den angeführten, dem Reichsstrafgesetzbuch doch auch vorausgegangenen Strafgesetzbüchern bemerkt man sonach weniger die Kenntnis der Strafgesetze als die Erkenntnis der Unerlaubtheit, des Unrechts, der Strafbarkeit als Voraussetzung der Schuldannahme hervorgehoben, womit also eine Beschaffenheit der in Frage stehenden Handlung bezeichnet ist, die dem Strafgesetz zur Unterlage gedient hat und welche als allgemein bekannte vorausgesetzt wurde¹⁾. Darin ist aber

1) Der sachliche Unterschied von Norm und Strafgesetz, den zu formuliren und aufzuklären Bindings Verdienst war, ist m. E. schon in diesen Strafgesetzbüchern bekannt und mit der herrschenden Lehre

nichts anderes als ein Massstab zu erkennen, nach welchem das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit in concreto bemessen werden sollte. Binding a. a. O. II. S. 79 erkennt mit Recht in den vorangeführten Gesetzen, dass sie prinzipiell Kenntnis der Norm als Voraussetzung der »Zurechnungsfähigkeit« — sagen wir lieber der Zurechnung zur Schuld, aufstellen, nur meint er, dies würde leichter erkannt werden, wenn jene Gesetze nicht unter den Gründen aufgehobener Zurechnung nur die schuldlose Rechtsunwissenheit aufführten; denn prinzipiell werde Normerkenntnis als Voraussetzung der Schuld anerkannt, wenn auch nur in einem einzigen Falle Normenunkenntnis entschuldige, und ob die Unkenntnis auf schuldhafter oder schuldloser Unterlassung beruhe, das werde wohl wichtig für die Beurteilung der Deliktseigenschaft der unterlassenen Kenntnisnahme, aber nicht für die andere Frage, warum bei der Übertretung des verkannten Gesetzes die Schuld fehle; die Schuldlosigkeit jener folge lediglich aus der Tatsache und nicht aus der Schuldlosigkeit dieser Unkenntnis und wenn der Gesetzgeber schuldlose Unwissenheit nichtsdestoweniger fordere, so stelle er, von einer zweifellosen Befugnis Gebrauch machend, die besser aber unbenutzt geblieben wäre (?), das Delikt der unterlassenen Kenntnisnahme von Gesetzen unter die Strafe schuldhafter Übertretung derselben. Aber daselbst S. 90 ff. verneint Binding ein Delikt der Unachtsamkeit oder Denkfaulheit, indem die Aufmerksamkeitspflicht nichts anderes als ein konstanter Teil aller einzelnen, durch die Normen begründeten Pflichten, nie ein selbständiges Gebot sei, etwa im Interesse des Hauptverbotes die Augen aufzuthun. Hiernach kann aber ein Delikt der unterlassenen Kenntnisnahme von Gesetzen auch nicht unter die Strafe schuldhafter Uebertretung gestellt werden, sondern diese letztere ist nur die von der verschuldeten Unkenntnis verursachte Wirkung, indem ohne Pflichtkenntnis ein Gegenmotiv keinen Gegenstand der Überwindung findet; die Übertretungsschuld hat ihre Ursache sonach in der Schuld an der Nichtkenntnis bez. unterlassenen

auch bei den Redaktoren des Reichs-Strafgesetzbuch massgebend gewesen — und sicher mit vollem Bewusstsein von der tief innerlich berechtigten Herrschaft dieses »Prinzips individueller Gerechtigkeit«.

Erkenntnis der Normwidrig- bez. Strafbarkeit. Fehlt diese Ursache, so ist die Unkenntnis eine unverschuldete und diese Eigenschaft berechtigt den Gesetzgeber aus kriminalpolitischen und praktischen Gerechtigkeits- und Billigkeitsrücksichten die Schuldzurechnung wegen der Gesetzesübertretung ausnahmsweise und ausdrücklich auszuschliessen, wenn auch vielleicht die theoretische Konsequenz, wie Binding (vergl. II. S. 64) meint, damit verletzt werde¹⁾).

Wir treten nunmehr an die wichtigste Frage heran, welche vom Reichsgericht verneint worden ist, ob die Verfasser des Reichs-Strafgesetzbuchs in der That nicht einmal eine Andeutung gegeben haben, dass die Unkenntnis des Thäters über das Verbotensein der Handlung die Ausschliessung der Strafbarkeit begründen könne, und ob in dem Strafgesetzbuch zwischen einem Bewusstsein der gestörten Rechtsordnung, der Normwidrigkeit und Strafwürdigkeit einer Handlung, und dem der staatlichen Strafandrohung oder Strafbarkeit im Gesetz erkennbar sei?

Die Verneinung dieser Fragen ist namentlich aus den geschichtlichen Unterlagen der Gesetzgebung versucht worden, da die Motive zu den einschlagenden §§ 56—59 St.G.B. keinen Anhalt geboten hatten. Wenn zunächst davon ausgegangen wurde, dass die oben angeführten Bestimmungen des preussischen Landrechts Einl. § 13 und II. 20. §§ 10 u. 11 dem preussischen St.G.B. v. 14. April 1851 ferne geblieben gewesen

1) Im Grunde mag die Ansicht theoretisch richtig sein, dass es auf das Verschulden oder Nichtverschulden der Strafbarkeitsunkenntnis nicht ankomme; als Parallele kann man § 51 St.G.B. anführen, wo das Gesetz einen Unterschied bezüglich der Ursache der Bewusstlosigkeit auch nicht gemacht hat; dessen ungeachtet wird das absichtliche Sich-Versetzen in einen solchen Zustand der Bewusstlosigkeit, um darin die geplante Strafthat zu vollbringen, als schuldhaft festgehalten, weil dann dieser Zustand als Mittel zur Thatvollbringung bewusst gewählt war. Auf derselben Stufe steht auch das absichtliche Sich-Verschliessen gegen eine Strafbarkeitserkenntnis. Damit aber kommt man auf das Gebiet der Selbstverschuldung, die auch auf Leichtfertigkeit, Faulheit wie auf Reflexion beruhen kann. Gegen Verstellung (Affektiertheit) und Lüge muss jedoch die Gesetzgebung die Gerechtigkeitspflege und den Staat wie die Gesellschaft schützen.

seien, so ersehen wir aus Goltdammers Materialien I. S. 378 nur, dass eine solche Bestimmung für überflüssig gehalten wurde, und es bleibt nur die Frage offen, ob dieselbe als »selbstverständlich« der Praxis vorbehalten bleiben oder stillschweigend übergangen werden sollte? In dem Entwurfe zu einem preussischen St.G.B. von 1827 war ausser der Willkür auch die Fähigkeit »die Unrechtmässigkeit der Handlung dabei einzusehen« erfordert, was erst die Revision von 1845 wieder aufgab. Das preussische St.G.B. aber enthielt ebenso wie der Code pénal eine den Satz: »ignorantia juris novet« aufnehmende Regel nicht, weil er als selbstverständlich betrachtet wurde¹⁾. Die Herbeiziehung des § 2 des Einführungsgesetzes zum Reichs-Strafgesetzbuch behufs Beseitigung des in § 13 der Einleitung zum preussischen Landrecht ausgesprochenen Satzes würde nur dann Bedeutung haben, wenn jemand sich auf jenen § 13 als noch geltendes Recht beziehen wollte; aber dass der darin enthaltene Rechtsgedanke nicht in das spätere Recht Eingang gefunden habe, würde erst als Gegenbeweis zu erbringen sein, wenn der Beweis der Behauptung als erbracht angesehen werden kann, dass in das Reichs-Strafrecht die Forderung der »Erkenntnis der Strafbarkeit« für die Schuldzurechnung Aufnahme gefunden habe. Dass dies wenigstens mittelbar geschehen sei und dass eine Verneinung dessen nicht bewiesen werden könne, habe ich schon früher in der Abhandlung im Gerichtssaal Bd. 34. S. 401 ff.: »Die Schuldarten im Strafrecht«, besonders S. 423 ff., zu beweisen versucht; indessen hat dieser Versuch eine eingehende Widerlegung des Staatsanwalts Lukas a. a. O. S. 70 ff. hervorgerufen, welche näher in's Auge zu fassen ist.

Es ist davon auszugehen, dass das dem deutschen Strafgesetzbuch vorzugsweise zu Grunde gelegte preussische St.G.B. v. 14. April 1851 in der amtlichen Ausgabe mit den Novellen von 1859 die Frage über die Erkenntnis der Strafbarkeit als Voraussetzung der Schuldzurechnung offen gelassen hat, woher es sich erklärt, dass die Rechtsprechung des preussischen Obertribunals in der Beantwortung jener Frage nicht überein-

1) Goltdammers Archiv XII. S. 848 und S. 163 ff.

gestimmt hat¹⁾, ja Lucas bezeichnet die Bejahung derselben ungeachtet der Ausnahmen in den Erkenntnissen vom 8./XII. 1874, 15./III. 1876, 7./III. 1879, wonach es gleichgiltig wäre, ob der Thäter sich im Glauben an die Erlaubtheit seiner Handlung befunden habe, geradezu als die Ansicht des Obertribunals und der Gerichtshöfe unterer Instanzen. Nimmt man hinzu, dass den Gesetzgebungsfaktoren doch nicht bloß das preussische St.G.B., sondern auch die oben erwähnten Strafgesetzbücher als Vorbilder zur Auswahl mit vorgelegen haben, dass auch die Auffassung von der notwendigen Berücksichtigung des Rechtsirrtumes in den Sprüchen anderer oberster Gerichtshöfe, wie zu München vom 3./XII. 1872, 16. IV. 1873, zu Stuttgart vom 28./IV. 1873 u. a. m. ihren Ausdruck gefunden hatte, so wird man doch Bedenken tragen müssen gegen die Annahme, die Reichsgesetzgebung habe sich dem gegenüber ablehnend verhalten oder verhalten wollen. Hat sie sich auch nicht zu einem, wie oben geforderten Satz aufgeschwungen, so hat man alle Ursache anzunehmen, dass sie ihn ihrer Schuldlehre doch zu Grunde gelegt habe und zwar in den §§ 56—59 St.G.B. Aber da sie den Begriff der Zurechnungsfähigkeit selbst nicht feststellen, sondern dies den Bemühungen der juristischen und psychologischen Wissenschaft überlassen wollte, mithin diesen Begriff sowenig wie die sonst sich daran knüpfende Schuldlehre erschöpfend behandelt hat und auch nicht erschöpfen wollte, so hat sie sich eben nur mit der Hervorhebung der »freien Willensbestimmung« in § 51 und der »zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht« in §§ 56—58 St.G.B.'s

1) Vergl. Olshausen, Kommentar zum St.G.B. § 59. Anm. 12. Lucas a. a. O. S. 66. Das Erkenntnis des pr. Obertribunals vom 30./X. 1872 erklärte schon die etwaige Unkenntnis von der Strafbarkeit des Verhaltens des Thäters als bedeutungslos für die Schuldfrage; indessen weiss man dabei nicht, ob die strafgesetzliche Androhung oder eine allgemeinere Strafbarkeit damit gemeint war. Daher wurde in den Erkenntnissen vom 12./VII. 1871 und 15./XII. 1874 betont, dass die Kenntnis des Verbotes, welche mit der der Zuwiderhandlung betreffenden Strafgesetzes nicht zu verwechseln sei, festgestellt werden müsse. Ebenso der bayer'sche oberste Gerichtshof im Urteil vom 21./VIII. 1874.

rücksichtlich der als einen normalen Zustand betrachteten Zurechnungsfähigkeit begnügt¹⁾.

In diesen letzteren Paragraphen liegt m. E. eine Erkenntnisquelle für die Bejahung unserer Frage.

In dem § 56 (57) ist als Voraussetzung der Schuldannahme der s. g. Jugendlichen gefordert das Vorhandensein d. h. der Beweis »der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht« bei Begehung der strafbaren Handlung; desgl. soll nach § 58 ein Taubstummer, welcher die zur Erkenntnis der Strafbarkeit einer von ihm begangenen Handlung erforderliche Einsicht nicht besass, freigesprochen werden. Nach dem Urteil der Reichsgerichts II. Strafsen. vom 18. I. 1882 sollte es dabei darauf ankommen, dass »der Thäter sich des thatsächlichen Vorhandenseins des kritischen Merkmales seiner That bewusst und er imstande gewesen ist zu erkennen, dass die so gestaltete konkrete That strafbar sei«.

An der Spitze des von den Strafausschliessungsgründen handelnden Abschnitt IV. des Reichs-Strafgesetzbuchs sind in § 51 die in der geistigen Natur des Menschen ruhenden der Unzurechnungsfähigkeit aufgeführt: Zustand der Bewusstlosigkeit oder krankhafte Störung der Geistesthätigkeit, durch welchen die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war²⁾.

1) v. Liszt, Lehrb. § 25. Er erkennt in § 28 an, dass die Gesetzgebung durch ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung den Eintritt der Deliktsfolgen bei der vorsätzlichen Handlung von dem Bewusstsein der Normwidrigkeit abhängig machen könne, welchenfalls der schuldhafte Vorsatz der bewusstrechtswidrige Wille sei — aber das habe die Gesetzgebung, wie Binding II. S. 356–486 zu beweisen versucht, nicht gethan, sondern nur ausnahmsweise habe sie »das an sich selbstverständliche Merkmal der Rechtswidrigkeit in den besonderen Thatbestand einzelner Delikte aufgenommen und damit erklärt, dass die allgemeine Regel des § 59 St.G.B.'s, nach welcher die Vorstellung alle Merkmale des besonderen Thatbestandes umfassen muss, auch auf das Moment der Rechtswidrigkeit ausgedehnt werden solle«. Hiermit näherte sich v. Liszt der oben angeführten Auslegung v. Schwarze's.

2) Wenn im Gerichtssaal a. a. O. S. 425 »unbeirrte, freie Willensbestimmung« erwähnt war, so diene das Wort: »unbeirrt« nur zur Erklärung des Beiwortes »frei«, aber nicht um den Ausschluss eines Irr-

»Welche inneren Momente zur Herstellung der Willensschuld gehören«, das lässt § 51 freilich ausgeschlossen, aber bei der gewählten Fassung desselben hat doch wohl in den Schlussworten ausgedrückt werden sollen, dass die Schlussfolgerung selbst, nach welcher die freie Willensbestimmung in Beziehung auf die Handlung ausgeschlossen wäre, die Aufgabe des Richters sei. Es wird dieser Paragraph auch nur angezogen, um zu zeigen, wie das Gesetz die »freie Willensbestimmung« zum Ausgangspunkt für die Zurechnung zur Schuld genommen hat, als Vermögen, sich frei auch zur Begehung einer strafbaren Handlung zu bestimmen, dass aber dies selbstverständlich voraussetzen muss die »Erkenntnis« dieser Eigenschaft der gewollten Handlung mit den Attributen oder Merkmalen der Strafbarkeit; ohne solche ist eine Bestimmung zur betr. (verursachenden) Handlung zwar eine freie, von den gedachten Einflüssen unabhängige, aber zur Freiheit, sich zu einer strafbaren Handlung zu bestimmen, gehört doch auch die Kenntnis dieser Eigenschaft als Erzeugerin eines Verbotsbewusstseins, welches gerade das die Willensbestimmung leitende Motiv nach der Autonomie jedes Menschen sein soll, das seinen Wiederhall in dem allgemein sich bei anderen wiederfindenden Pflichtgebot findet; ehe man will, muss man wissen, was

tums anzudeuten; indessen ist eine Willensbestimmung, welche im Irrtum über die Strafbarkeit der Handlung erfolgte, eine beirrte und befangene, mithin nicht freie, aber der Irrtum ist in § 51 nicht als ein Zustand der mangelhaften Geistesthätigkeit, welcher die freie Willensbestimmung ausschliesse, neben die dort angeführten Zustände gestellt, mithin vermag § 51 nicht direkt zum Beweise verwendet zu werden. Ausweislich der Motive zu diesem § 51 hatte das sächsische Landes-Medizinalkollegium vorgeschlagen, die Fähigkeit der Selbstbestimmung dann als nicht vorhanden anzunehmen, wenn dem Angeschuldigten diejenigen Geisteskräfte fehlten, welche dazu gehören, um das Rechte vom Unrechten zu unterscheiden. Die Motive waren der Meinung, das Gesetz könne sich nicht, ohne grosse Gefahr für die Handhabung des Strafrechts herbeizuführen, darauf beschränken, zu erklären, dass ein Verbrechen oder Vergehen nicht vorhanden sei, wenn die freie Willensbestimmung zur Zeit der That ausgeschlossen gewesen; es müsse vielmehr dazu vorschreiten, die Gründe zu präzisieren, in welchen bei Entscheidung des einzelnen Falles die Ausschliessung der freien Willensbestimmung zu suchen sei.

man will, und daher auch, dass dieses ein Unrecht ist, ehe man ein solches verwirklichen wollen kann. Anders kann sich der Gesetzgeber auch die freie Willensbestimmung zu einer strafbaren Handlung sowenig gedacht haben wie jeder logische Denker das wird thun müssen. Aber nur indirekt lässt sich § 51 zur Beweisführung verwenden, insoweit »freie Willensbestimmung« zu einer strafbaren Handlung vorausgesetzt wird. Die hier angeführten Gründe und physisch-psychischen Zustände, durch welche jene ausgeschlossen wird, sind nicht die ausschliesslichen und es sind andere daneben denkbar, jedoch vom Gesetz als andere ausschliessend bestimmte, weitere Strafausschliessungsgründe, neben der eigentlichen, spezifischen »Unzurechnungsfähigkeit« anerkannt¹⁾. Weshalb meinerseits vom § 51 ausgegangen wurde, ist dem Kritiker Lucas offenbar entgangen.

Der nun aus den §§ 56—58 St.G.B. entnommene Beweis dafür, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, welche ja allerdings nicht ohne weiteres mit dem der Strafbarkeit identisch ist, das aber neuerlich als in dem letzteren aufgehend bezeichnet wurde, auch von dem deutschen Strafgesetzbuch als Voraussetzung der Zurechnung zur Schuld angenommen worden sein werde, ja müsse, ist von Lucas a. a. O. S. 71 mit der Behauptung angefochten worden, weil zu jenem Beweise erforderlich gewesen wäre, dass das Gesetz nicht von der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht, sondern von der Erkenntnis der Strafbarkeit selbst als einem Faktum geredet hätte. »Wenn die Erkenntnis selbst bei Er-

1) So sagen die Motive zu § 52: »Insbesondere unterscheidet sich dieser Fall von dem des § 51 dadurch, dass hier das Bewusstsein des Thäters von der Gesetzwidrigkeit seiner Handlung nicht ausgeschlossen ist, dagegen statt der eigenen freien Willensbestimmung dem Thäter ein fremder Wille aufgenötigt wird« u. s. w. In den §§ 52—55 sind die übrigen Schuld ausschliessungsgründe aufgeführt; das Gesetz fasst dabei nicht die Schuld ins Auge, sondern die Strafbarkeit der fr. Handlung, indem es sagt: »Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn« u. s. w., während es in § 55 die Strafverfolgung ausschliesst, in § 56 und 58 aber die Freisprechung (nach vorgängiger Ermittlung oder Untersuchung) anordnet und in § 59 die Zurechnung zur Schuld ausgeschlossen wissen will.

wachsenen wirklich vorhanden gewesen sein müsste, wie könnte sich dann das Gesetz bei Jugendlichen mit der zu dieser Erkenntnis erforderlichen Einsicht, also einem blossen, den Grad der Intelligenz ausdrückenden geistigen Zustande begnügen, der völlig dahingestellt lässt, ob die Strafbarkeit wirklich erkannt worden ist!« Lucas meint allen Ernstes, aus diesem Beweise werde, wie aus dem Binding's a. a. O. II. § 60 S. 467, ein Gegenbeweis. Nur das Verkennen der Bedeutung dieser gesetzlichen Ausnahmebestimmungen in §§ 56 und 58 für gewisse Personenklassen lässt eine solche Polemik erklären, wonach die von mir gezogene Folgerung für die Schuldvoraussetzung überhaupt nicht zutreffend sei. »Erkenntnis der Strafbarkeit« ist allgemeines Schuldmerkmal, welches zum subjektiven Thatbestand jeder vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Übelthat selbstverständlich nach den Grundlehren der Psychologie gehört und wie die Zurechnungsfähigkeit bei normalen Menschen anzunehmen ist — ausnahmsweise aber bewiesen werden muss, wenn sie in concreto angezweifelt wird. Dann erst tritt sie als Zustand oder Faktum greifbar auf; aber ein solches hat das Gesetz auch im Sinne, indem die Einsicht zur Erkenntnis der Strafbarkeit bei Begehung einer strafbaren Handlung vorhanden gewesen sein soll, wie sie das Gesetz im allgemeinen als erforderliche sich gedacht und dem Richter zu beurteilen überlassen hat. Wäre das nicht so, dann hätte der Gesetzgeber kurzweg nur »Einsicht, Verstandesreife, Unterscheidungsvermögen« als Kriterium der Zurechnungsfähigkeitsfeststellung bei jenen unfertigen Persönlichkeiten zu fordern gebraucht. Er hat sich damit aber wohlüberlegt nicht genügen lassen, sondern das Regelerfordernis der Schuldzurechnung in die Ausnahmebestimmung gebracht durch Angabe dessen, wozu die Einsicht erforderlich sein solle, d. i. die Erkenntnis der Strafbarkeit, welche neben der sonstigen Zurechnungsfähigkeit die natürlich-psychische Voraussetzung eines schuldhaften Handelns ist und sein muss und bei normalen Persönlichkeiten als regelmässig vorhanden angenommen werden darf — den Beweis von Ausnahmen vorbehalten. Da aber bei den Jugendlichen und Taubstummen wegen ihrer Individualität eine Regelannahme der Zurech-

nungsfähigkeit, insbesondere der Verstandesreife, nicht zulässig erscheint, verlangt das Gesetz stets Feststellung derjenigen Einsicht, welche zur Strafbarkeitserkenntnis, die Erwachsene und Gesunde regelmässig besitzen, erforderlich ist.

Zur richtigen Würdigung des vollen Inhaltes dieser sich auch an die »Zurechnungsfähigkeit« anschliessenden Bestimmungen muss auf die in dem deutschen Landesstrafrecht gegebenen Unterlagen zurückgegangen werden; hier findet man, dass entweder bloß für die Verantwortlichkeit gewisser Personen (jugendliche, taubstumme und geistesschwache) oder als allgemeines Erfordernis die Fähigkeit zum Erkennen der Strafbarkeit oder Widerrechtlichkeit der Handlung auf Seiten des beschuldigten Thäters aufgestellt worden ist. Im Art. 66 des Code pénal wurde zur Bestimmung der Erlangung der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher Unterscheidungsvermögen (discernement) verlangt, welches als »hinlängliche Unterscheidungskraft« oder als »Fähigkeit zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung« in den Gesetzen von Hessen, Nassau, Preussen, Württemberg, Baden und Bayern hervortrat. Bei Feststellung der Zurechnungsfähigkeit der Blödsinnigen und Taubstummen wurde die Zurechnung ausgeschlossen »bei gänzlichem Mangel der Fähigkeit der Selbstbestimmung und der zur Erkenntnis der Strafbarkeit der That« nötigen Urteilskraft, wie im älteren bayerischen und oldenburgischen Strafrecht, in Hannover, Baden, Thüringen; eine Verallgemeinerung dieses Erfordernisses trat hervor in dem bayer'schen St.G.B. von 1861 Art. 67 und in den neueren sächsischen St.G.B. von 1855 und 1868 Art. 87, worin bei Personen bis zum 14. Lebensjahr die Fähigkeit der Selbstbestimmung präsumiert wurde mit Vorbehalt des Nachweises, »dass ihnen die Geisteskräfte, welche dazu gehören, um das Rechte vom Unrechten unterscheiden zu können, gänzlich fehlten«. Treffend bemerkt Binding a. a. O. S. 81 im Anschluss hieran: »Bestimmt man dieses Unterscheidungsvermögen richtig als das Vermögen Recht und Unrecht zu unterscheiden und die projektierte That in ihrer Unerlaubtheit zu erkennen, und analysiert man dann alle diese geforderten Fähigkeiten, so bestehen

sie in einem Vermögen der Vergleichung der projektierten That einerseits mit den Normen resp. Strafgesetzen andererseits. Diese Vergleichung ist nur denkbar bei vorhandener Kenntnis jener Rechtssätze; ohne sie wird sie geradeso unmöglich, als wenn jemand nicht weiss, dass er thätig werden wird.« Dem nun angefügten Satze, dass prinzipiell also Gesetzeskenntnis wieder notwendige Voraussetzung jener Fähigkeit sei, ist jedoch nicht zuzustimmen. Das »Unterscheidungsvermögen« ist ein nicht blos auf die Unterscheidung von gut und böse, Recht und Unrecht beschränktes; aber es ist die Fähigkeit, zwischen diesen Begriffen zu unterscheiden, vorzugsweise in Frage und daran schliesst sich das Erlaubte und Unerlaubte, auch das (staatlich) Strafbare und Strafloze. Dass normale Erwachsene und sonst geistig Gesunde diese Fähigkeit regelmässig besitzen, war auch in jenen Gesetzen angenommen. Lucas a. a. O. findet sich mit seiner versuchten Widerlegung leicht ab, indem er bemerkt, es habe der Reichsgesetzgeber den im preussischen Strafgesetzbuch vorgefundenen Ausdruck »Unterscheidungsvermögen« durch einen präziseren ersetzen und die Richtung des Erkenntnisvermögens auf die Strafbarkeit durch Wahl des Ausdruckes »Einsicht« hervorheben wollen, er sei aber weit davon entfernt gewesen diese Erkenntnis selbst zu verlangen. Niemand wird verkennen wollen, dass nach dem Gesetzesausdruck von der Beurteilung der genannten konkreten Zurechnungsfähigkeit nicht verlangt werde die Feststellung, wonach die Strafbarkeitserkenntnis selbst bei jenen Personen vorgelegen habe oder nicht, und dass ein Unterschied zwischen dieser und der dazu erforderlichen Einsicht besteht. Wenn man nun laut der Motive zu dem dritten Entwurf der St.G.B.'s § 54 anstatt »Unterscheidungsvermögen« »die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht« einstellte, so gab man die Relation mit zur Verdeutlichung dessen, was unterschieden werden sollte: Recht und Unrecht oder Strafbarkeit? Man betonte das kriminalistische Moment als Kriterium, wie dieses am verständlichsten war für die Zurechnung einer (nicht wie früher »strafgesetzwidrigen«) »strafbaren Handlung« und wählte »die Erkenntnis der Strafbarkeit« als das vorwiegende allgemeine Schuldmoment, aus dem das Pflicht-

Gegenmotiv gegen die den die gesellschaftliche Lebensordnung verletzenden oder sie bedrohenden Neigungen und Bestrebungen zu Grunde liegenden Motive entspringt. Damit aber wurde als allgemeines Schuldmerkmal für die Zurechnung »Erkenntnis der Strafbarkeit« bei Begehung strafbarer Handlungen gesetzt, welches Voraussetzung bei allen nicht ausgenommenen Personen sein muss.. Die Motive zu § 51 lassen darüber m. E. keinen Zweifel mehr zu, denn nach ihnen beruht das Recht des Staates zu strafen auf dem allgemein menschlichen Urteile, dass der gereifte und geistig gesunde Mensch ausreichende Willenskraft habe, um die Antriebe zu strafbaren Handlungen niederzuhalten und dem allgemeinen Rechtsbewusstsein gemäss zu handeln. »Es kann daher nicht bedenklich sein, diesem allgemeinen Urteile, in welchem die strafrechtliche wie die sittliche Zurechnung ihren Grund hat, in dem Strafgesetzbuche Ausdruck zu geben, wenn es sich davon handelt, die Zurechnungsfähigkeit oder ihre Ausschliessung näher zu normieren«. Daher soll im einzelnen Falle untersucht werden, ob derjenige normale Zustand geistiger Gesundheit vorhanden sei, dem die Rechtsanschauung des Volkes die strafrechtliche Verantwortlichkeit thatsächlich zuschreibe u. s. w. Nun bestimmt für die Jugendlichen § 56 und die Taubstummen § 58 nicht, dass in jedem Falle das Vorhandensein der Einsicht in die Strafbarkeit selbst oder die Strafbarkeitserkenntnis als Fähigkeit nachgewiesen werde, sondern dass eine Feststellung der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht, also eine Feststellung schon im allgemeinen bezüglich der vorhandenen Verstandesreife erfolge als der Befähigung, die Strafbarkeit erkennen zu können, welche als Regel ausserdem überall wie die sonstige Zurechnungsfähigkeit angenommen wird. Sofern von dieser Fähigkeit etwas fehlt, so dass eine Erkenntnis der Strafbarkeit nicht möglich erscheint, wie sie sonst allgemein als Voraussetzung der Zurechnung gefordert wird, fehlt es an der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht und das ist der Zustand der Unzurechnungsfähigkeit Jugendlicher und Taubstummer, welchen gegen die Regelanahme der Zu-

rechnungsfähigkeit aller anderen Personen das Gesetz abgrenzen wollte; es verlangt für ihre Bestrafung nur ihre besonders begrenzte Zurechnungsfähigkeit, d. h. den Beweis ihrer »Einsicht«. Nun folgert man aber falsch, wenn man sagt, es müsse, wenn die Einsicht als vorhanden bewiesen sei, auch noch in jedem Falle das Vorhandensein der Erkenntnis der Strafbarkeit in concreto nachgewiesen werden; das ist jedoch nur im Bestreitungs- oder Zweifelsfalle notwendig, weil, wenn die Einsicht bewiesen ist, die Erkenntnis der Strafbarkeit wie bei Erwachsenen und Gesunden als Regel anzunehmen wäre, indem sie wie diese für zurechnungsfähig vermöge ihrer bewiesenen Einsicht zu halten sind. Der Nachweis des Vorhandenseins der Strafbarkeitserkenntnis ist also nur subsidiär im Verneinungsfall erforderlich¹⁾, aber der der Einsicht Jugendlicher und Taubstummer in jedem Falle; der Nachweis des Mangels der Einsicht überhebt selbstverständlich einer weiteren Feststellung, weil damit die Zurechnung entfällt. »Einsicht« ist also ein Geistesminimum zur Voraussetzung für die Strafbarkeitserkenntnis, wie sie in der Regel als vorhanden anzunehmen ist, und tritt als Zurechnungsmerkmal laut Gesetz für die bestimmten Personen hervor.

Nach Vorgang der früheren Strafgesetze und in Kontinuität mit diesen kann m. E. der Gesetzgeber in jenen Paragraphen nichts anderes zum Ausdruck gebracht haben als: Die Begehung einer strafbaren Handlung ist jedem zur Schuld zuzurechnen, welcher Strafbarkeitserkenntnis besitzt, nicht dem der sie in concreto nicht besessen hat, Jugendlichen und Taubstummen aber schon dann nicht, wenn ihnen der Grad von Verstandesreife (»Einsicht«) fehlt, welcher erforderlich ist,

1) Nur hiervon können die Motive zu § 57 des norddeutschen Entwurfs geredet haben, dass nicht dem sich auf Unkenntniss berufenden Angeklagten der Beweis dieser obliege, sondern dass gegen ihn der Beweis, soweit nach Lage der Sache der erhobene Einwand überhaupt in Frage kommen könne, zu erbringen sei. Dieselbe Ansicht geben die Motive zu § 59 St.G.B.'s kund. Nur im Bestreitungs- oder Zweifelsfalle muss der Beweis der Wissenschaft der Rechtswidrig- und Strafbarkeit wie der Kenntnis der Thatbestandsmerkmale geliefert werden. Vergl. Binding a. a. O. II. S. 608 ff.

um die Erkenntnis der Strafbarkeit haben zu können. Die Erfahrung lehrt, dass Strafmündige wegen der Verschiedenheit ihrer individuellen Veranlagung und geistigen Ausbildung zur Erlangung der Verstandesreife eine kürzere oder längere Zeit brauchen und dass die mit Vollendung des 12. Lebensjahres gesetzte Grenze der Strafmündigkeit für geringer entwickelte Kinder eine zu enge sein kann; daher hat das Gesetz durch die Bestimmung in § 56 den Beginn der Zurechnungsfähigkeit im einzelnen Fall von dem Vorhandensein der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht, die stets festzustellen ist, also für welche eine gesetzliche Vermutung nicht bestehen soll, abhängig gemacht; es hat aber nicht, wie bemerkt, diese Einsicht als »Einsicht in die Strafbarkeit«, was der »Erkenntnis« derselben gleichkäme, festzustellen verlangt, sondern den Grad von Verstandesausbildung, welcher »erforderlich ist« zur Ermöglichung der Straferkenntnis¹⁾. Diese aber ist als Regel nicht festzustellen, sondern nur als Ausnahme im Bestreitungs- oder Zweifelsfall, welcher letzterer bei Jugendlichen wie Taubstummen häufiger vorliegt als sonst bei ausgereiften Normalmenschen, zumal bei ersteren, sofern sie der Altersgrenze der Strafmündigkeit noch näher stehen²⁾. Der gedachte Unterschied dürfte an folgendem Rechtsfall handgreiflicher hervortreten. Ein fast 14-jähriger, körperlich und geistig von der Natur offensichtlich vernachlässigter Dorfbube

1) Es ist auch hier auf die Motive zu § 56 zu verweisen: »Man hat hier denjenigen Grad der Verstandes-Entwicklung im Auge gehabt, welcher nötig ist, um die Strafbarkeit der konkret begangenen Handlung und der sie als eine strafbare charakterisierende Merkmale zu erkennen; der Thäter muss zu erkennen imstande gewesen sein, dass seine Pflicht die Unterlassung jener speziellen Handlung fordere und er durch Begehung der letzteren sich einer Kriminalstrafe aussetze«. Kann denn deutlicher die Erkenntnis der Normwidrig- und Strafbarkeit als Schuld voraussetzung ausgedrückt werden? Und dazu der § 59 St.G.B.s!

2) Was die Feststellung des Vorhandenseins der »Einsicht« anlangt, so muss sie in jeglichem Strafverfahren gegen Jugendliche und Taubstumme erfolgen. Der § 298 St.G.B. erfordert die Stellung einer Nebenfrage auf den Besitz jener Einsicht, wenn die Hauptfrage bejaht ist. S. Stenglein, Komment. 2. Aufl. S. 506.

hatte mehrere Einbruchsdiebstähle und Beschädigungen von Grabdenkmälern verübt, indem er mit Steinen Köpfe und Arme kleiner auf Kindergräbern aufgestellter Knabenfiguren abgeworfen, auch ganze Figuren abgenommen und angeblich seiner Schwester als »Puppen« zum Spielen mit nach Hause gebracht hatte. Die Frage nach der vorhandenen Einsicht, welche das Gesetz zur Erkenntnis der Strafbarkeit erfordert, wurde durch eine Begutachtung eines Lehrers und eines Gerichtsarztes, von ersterem dahin, dass jene Einsicht nicht, von letzterem, dass sie vorhanden sei, beantwortet; vom Gericht wurde festgestellt, dass der Angeeschuldigte zwar leidlich schreiben und lesen konnte, auch die zehn Gebote, aber sonst kaum das Notdürftigste gelernt hatte, nicht richtig addieren oder subtrahieren, geschweige denn multiplizieren konnte, wie wohl das Einmaleins zum Teil eingelernt war; von Geographie und Geschichte war nichts hängen geblieben. Das siebente Gebot aber hatte er begriffen und eine besondere Untersuchung in dieser Richtung ergab seine volle Erkenntnis der Strafbarkeit der von ihm verübten Diebstähle, deren Ausführung auch von einiger Ueberlegung zeugte. Dagegen von der Strafbarkeit der Sachbeschädigung, zumal auf Friedhöfen, hatte er keine klare Vorstellung, indem er der Meinung war, auch andere Jungen hätten nach den Grabdenkmälern geworfen und so dürfe er das auch thun; das Wegtragen von Figuren nach Hause schien er damit vor sich gerechtfertigt zu haben, dass diese offen daständen und er seiner Schwester mit den »Puppen« eine Freude habe machen dürfen. Das Vorhandensein der zur Strafbarkeitserkenntnis erforderlichen Einsicht war anzunehmen, also die Zurechnungsfähigkeit; auch das Vorhandengewesensein der Erkenntnis der Strafbarkeit der Einbruchsdiebstähle galt als erwiesen; aber zweifelhaft blieb dies bezüglich der Gräberverletzung, denn wenn man auch vielleicht die Strafbarkeit der Zertrümmerung als von dem Jungen erkannt annehmen wollte, so hatte er doch keine Vorstellung von der Strafbarkeit einer, auch in § 168 St.G.B.'s bedrohten, Gräberentweihung und es wäre dann höchstens die Sachbeschädigung an ihm zu strafen gewesen, falls die Erkenntnis der Strafbarkeit dieser als vorhanden angenommen wurde. Der Junge war sonach im Besitz der erforderlichen

Einsicht, aber die Erkenntnis der Strafbarkeit der Gräberentweihung fehlte ihm, während er die der Einbruchsdiebstähle zweifellos hatte; er war also als Jugendlicher zurechnungsfähig, also durften ihm als strafbar erkannte Handlungen zugerechnet werden, allein die Strafbarkeit der Gräberentweihung war von ihm nicht erkannt worden oder es blieb dies mindestens zweifelhaft, folglich konnte insoweit eine Zurechnung dieser That zur Schuld nicht stattfinden. Die Frage nach dem Vorhandensein der Strafbarkeitserkenntnis wäre im vorliegenden Falle nach der gegnerischen Auffassung gar nicht zu stellen gewesen, sobald nur die nach dem Vorhandensein der Einsicht gestellt und bejaht war; das war aber nur die Frage nach dem Vorhandensein der Zurechnungsfähigkeit abgesehen von der wirklich vorhanden gewesenen Strafbarkeitserkenntnis bei Begehung der einzelnen strafbaren Handlung, welche letztere gerade bei den in § 56 und 58 St.G.B.'s erwähnten Personen öfter noch recht zweifelhaft sein wird — zwar die erforderliche Einsicht kann nicht zweifellos sein, aber die wirklich konkrete Strafbarkeitserkenntnis bei Begehung der strafbaren Handlung kann zweifelhaft und deshalb noch festzustellen sein; aber in letzterer Beziehung besteht sachlich und prozessualisch kein Unterschied zwischen den für zurechnungsfähig erachteten Jugendlichen bez. Taubstummen und den Erwachsenen und Gesunden.

Nachdem die von Lucas a. a. O. versuchte Widerlegung meiner Auffassung als nicht begründet nachgewiesen sein dürfte, habe ich mich noch mit Binding a. a. O. II., S. 81 ff. und 466 auseinanderzusetzen, was weniger schwer fällt, weil sonst eine Annäherung zwischen seiner und meiner Grundlegung vorliegt. Er meint, dass das Reichs-Strafgesetzbuch §§ 56—58 im Anschluss an die deutschen Strafgesetze entweder die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht als ein allgemeines Requisit der Zurechnungsfähigkeit nur gelegentlich der Erwähnung dieser Personenklassen ausdrücklich hervorhebe und also von einem falschen Begriff der Zurechnungsfähigkeit ausgehe (?) oder für die Strafbarkeit dieser beiden Personenklassen ausser der Zurechnungsfähigkeit (in richtiger Umgrenzung) noch als Plus die Fähigkeit zur Erkenntnis der

Rechtsfolgen der widerrechtlichen Handlungen verlange. Binding glaubt, dass eine »so feine Distinktion«, wie sie die letztere Auslegung in §§ 56—58 St.G.B.'s hineintrage, dem Reichs-Strafgesetzbuch und seinen Vorgängern fremd gewesen sei, weil ihm die Unterscheidung von Norm und Strafgesetz, von Delikt und Verbrechen noch unbekannt gewesen und bei vorhandener Deliktfähigkeit der Jugendlichen und Taubstummen gar kein Grund zu ihrer Privilegierung in dem Sinne vorliege, dass sie mit Strafe zu verschonen seien, in welche andere Zurechnungsfähige zu verfallen wären, und dass sich die angeführten Paragraphen aus der üblichen falschen Beziehung der Zurechnungsfähigkeit statt auf die Norm auf das »strafgesetzliche Verbot der Handlung erklärten«. Es wurde bereits bei Anführung der massgebenden Bestimmungen früherer Strafgesetze erwähnt, wie sich daraus eine sachliche Unterscheidung zwischen dem, was Binding als Norm und Strafgesetz gegenüber gestellt und zur Klarheit formuliert hat, bereits erkennbar gewesen ist und dass in jenen älteren Gesetzen sich das Wesen der Sache und des im Rechtsbewusstsein der Gesellschaft ruhenden Unterschiedes abspiegelt und die höchst wahrscheinliche Quelle der Bestimmungen in §§ 56—58 des R.St.G.B.'s gewesen sein wird, so dass also die Zurechnungsfähigkeit nicht in Beziehung auf die strafgesetzlichen Verbote, sondern auf die dahinter stehenden, zu Grunde liegenden Normen gedacht gewesen sein wird, und sonach bei Gelegenheit der Bestimmung eines Hauptmerkmals der Zurechnungsfähigkeit jener Personenklassen, das wesentlichste Erfordernis der Zurechnung überhaupt, falls sonst einer der in §§ 51 ff. St.G.B. aufgeführten Gründe ihrer Ausschliessung nicht vorlag, erkennbar gemacht worden ist in der »Erkenntnis der Strafbarkeit«. Wenn der Verfasser der Motive zum Entwurf I bemerkte, dass die Motive den Begriff des »Unterscheidungsvermögens« für wesentlich verschieden von der Zurechnungsfähigkeit erachtet hätten, so mag das insoweit richtig sein, als sie dasselbe nicht identifizieren wollten, weil für jene Personenklassen nach ihrer Eigentümlichkeit (Abweichung von der Regel) das Hauptmerkmal für die Erkennbarkeit ihrer Zurechnungsfähigkeit, welche vor allen auch

die Abwesenheit eines in § 51 angeführten Zustandes voraussetzt, hervorzuheben war. Gerade daraus, dass nun für »Unterscheidungsvermögen« nicht bloß die erforderliche »Einsicht« oder »Verstandesreife« substituiert wurde als allgemeine Befähigung zur Strafmajorennität, sondern dass noch besonders die »Erkenntnis der Strafbarkeit« als Gegenstand oder Relation der »Einsicht«, die das Gesetz als Merkmal für die Zurechnungsfähigkeit aufstellt, hinzugefügt wurde, ergibt sich um so mehr, dass §§ 56–58 die Zurechnungs- bez. Handlungsfähigkeit jener Personen ad hoc, aber in Anlehnung an das allgemeine Erfordernis der freien Willensbestimmung in § 51 und das der »Erkenntnis der (konkreten) Strafbarkeit« als Normfolge, nicht als Strafgesetzesdrohung, welches in §§ 56 und 58 noch zum Ausdruck gebracht werden sollte, voraussetzte als bei allen Beschuldigten als regelmässig vorhanden anzunehmende unter Vorbehalt des Gegenbeweises. Endlich wirft Binding a. a. O. S. 82 die Frage auf, ob denn die zur Erkenntnis der Strafbarkeit nötige Einsicht als Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit nach deutschem Reichsrecht zu verlangen sei, oder die §§ 56–58 einer berichtigenden Erklärung bedürften? Er verneint die erste und bejaht die zweite Frage, indem er das Bewusstsein der Normwidrig- oder Rechtswidrigkeit, welche Ausdrücke öfter gleichbedeutend von ihm gebraucht werden, substituieren will. Die Ausdrucksweise ist in den gedachten Paragraphen jedoch so bestimmt, dass als Gegenstand der Einsicht nicht wohl der Voraussetzungs-begriff an die Stelle für die Erkenntnis gesetzt werden darf. Aber zur Erklärung dessen, was gesagt werden sollte, muss auch hier die geschichtliche Methode mit zu Hilfe genommen werden und es ergibt die Auffassung, wonach das deutsche Strafgesetzbuch in nationaler Kontinuität eklektisch verfasst worden sei, den Schluss, dass auch die »Strafbarkeit« in der Bedeutung von Rechtswidrigkeit und sogar Strafgesetzwidrigkeit gebraucht worden ist, dass aber mehr die heutige »Normwidrigkeit« bei der Unterscheidung des »Unrechts« vom »Recht« gemeint und dafür »Strafbarkeit« als das strafrechtliche Moment hervorkehrend gleichbedeutend gebraucht worden ist — quod erat demonstrandum! Gebots- und Verbots- oder Norm- und

Rechtswidrigkeit ist selbstverständliche Grundlage eines Strafgesetzes mit der Folge der Strafbarkeit, wo es aber im einzelnen Gesetz einer besonderen Betonung bedurfte, zum Hinweis auf die besonders und begriffsmässig hervorzuhebende Voraussetzung der Strafbarkeit einer Handlung, da findet sich auch im deutschen Strafgesetzbuch die Widerrechtlich- oder Rechtswidrigkeit als besonderes Strafbarkeitsmerkmal hervorgehoben, wenn nicht in dem Wesen einer Handlung schon als selbstverständlich die Rechtswidrigkeit enthalten ist wie bei der Tötung, Brandstiftung, Raub u. a. m.

Binding a. a. O. II S. 466 ff. muss selbst zugeben, dass »die Erkennbarkeit der Straffolgen als Bestandteil der s. g. kriminalistischen Handlungsfähigkeit überhaupt gefasst« worden zu sein »beinahe« scheine und dass man danach die Schuldarten so scheiden könne, dass zum Verbrechensvorsatz erkannte Strafbarkeit, zur verbrecherischen Fahrlässigkeit dagegen verkannte aber erkennbare Strafbarkeit verlangt werde. Gegen diesen Schein sucht er jedoch nur die bedenkliche Ausflucht, dass der ganze Passus des Gesetzes nichts anderes als das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit, welche »nur sehr inkorrekt bezeichnet« werde, enthalte. Was aber inkorrekt in jenen §§ 56—58 für die offenbar bezweckte Kennzeichnung des Hauptmerkmals der Zurechnungsfähigkeit jener Personenklassen gegenüber allen anderen Personen bezeichnet sein sollte, ist nicht erfindlich, wenn man nicht von vornherein das ganze Verhältnis jener Paragraphen zur Zurechnungsfähigkeit und zur Zurechnung zur Schuld verkennt. Der ganze Abschnitt IV umfasst die Schuld wie Strafvoraussetzungen, also gleichermassen für den Vorsatz wie die Fahrlässigkeit als einzige Schuldarten. Es kann bei Festhaltung obiger Unterscheidung der erforderlichen Einsicht für jene Personenklassen von dem Vorhandensein der Strafbarkeitserkenntnis im einzelnen Fall gar nicht die Rede davon sein, dass »die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht« als Bestandteil der Handlungsfähigkeit im Allgemeinen aufgefasst werde. Wie sehr aber diese Unterscheidung bei Binding gefehlt hat, ergibt sich aus folgender Bemerkung: »Nicht einmal bei diesen jugendlichen und taubstummen Personen wird zum Verbrechens-

vorsatz vorhandene Erkenntnis der Strafbarkeit verlangt¹⁾. So beweisen die §§ 56 und 58 geradezu gegen die Annahme, dass zum Vorsatz Bewusstsein der Strafbarkeit erforderlich sei: denn wenn selbst jugendliche Verbrecher schon dann mit der Strafe vorsätzlicher Verbrechen belegt werden dürfen, wenn sie deren Strafbarkeit nicht (?) eingesehen haben, so ist klar wie der Tag, dass zur Strafe des vorsätzlichen erwachsenen Verbrechers jene Erkenntnis der Strafbarkeit in gar keiner Weise verlangt werden kann«. Darin ging Binding fehl, dass er den Gegnern zumutete, sie legten dem Gesetz den Sinn unter, es verlange für jene Personenklassen mehr als nur Zurechnungsfähigkeit und dehnten dieses Verlangen analog auf erwachsene Delinquenten aus; er meint, das Gesetz würde jenen Personen gegenüber liberaler sein als ihren Genossen gegenüber, indem es jenen eine diesen verschlossene Freisprechung eröffne, und das liesse sich nur aus der Auffassung erklären, dass bei diesen noch unfertigen Persönlichkeiten die Bedeutung der Rechtspflicht noch zu ungenügend erschlossen sei, als dass die erkannte Rechtswidrigkeit als abhaltendes Mittel genügend sein könnte: das Gesetz habe dann gemeint, dieser abhaltende Beweggrund müsse hier durch die Perspektive auf die Schneide des Strafschwertes ergänzt werden, wobei freilich übersehen werde, dass die nicht erkannte Strafbarkeit als Motiv nicht wirksam werden könne. Das Gesetz ist nach seinem richtigen Verständnis jenen noch unfertigen Persönlichkeiten gegenüber nicht ein Haar breit liberaler gewesen als den fertigen Delinquenten gegenüber, da es nur ausnahmsweise bei nachweisbarem Mangel der Strafbarkeitserkenntnis hier wie dort die Zurechnung ausschliessen lässt, wenn sonst nur Zurechnungsfähigkeit (bei den unfertigen Persönlichkeiten nachgewiesen durch die Feststellung der erforderlichen Einsicht) vorliegt, welche bei fertigen Delinquenten regelmässig nicht nachgewiesen zu werden braucht. Die Perspektive auf die Schneide des Strafschwertes ist gleichmässig beiden Persön-

1) Dass nicht diese, sondern nur die hierzu erforderliche Einsicht verlangt und dann nur im Zweifelsfall auch das Vorhandensein der Erkenntnis der Strafbarkeit gerade so wie bei erwachsenen und normalen Delinquenten zu beweisen sein werde, hoffe ich nachgewiesen zu haben.

lichkeiten, fertigen wie unfertigen, von dem Gesetz eröffnet, sobald ihre Zurechnungsfähigkeit ausser Zweifel steht, indem die erkannte Strafbarkeit das Motiv gegen die verbrecherische Neigung sein und insoweit einen psychischen Zwang ausüben soll, welche alle Strafgesetze der Entstehung der Delikte im Inneren des Menschen entsprechend mehr oder weniger zur Anerkennung haben kommen lassen — offenbar auch das Deutsche Strafgesetzbuch in der »Erkenntnis der Strafbarkeit«.

Dass dies übrigens auch in anderen Strafgesetzen des Reichs hervortrete, hat Binding a. a. O. II S. 468 ff. zu bestreiten versucht, indessen m. E. nicht mit Glück und erfolglos; weiter aber hierauf einzugehen, führt zu weit ab. Ich stimme mit Binding darin überein, dass die Kenntnis der Rechtswidrigkeit nie präsumiert werden dürfe und Unkenntnis derselben den Dolus stets ausschliesse, erachte aber nicht den wirklich anerkannten Irrtum über die Strafbarkeit als bedeutungslos für die Schuldfrage, sondern erkenne diesem als dem jenen mit umfassenden gerade das entscheidende Gewicht für die Nichtzurechnung einer an sich strafbaren Handlung zur Schuld eines Bezichtigten zu, sofern er als bei Begehung der That zweifellos vorhanden gewesen ist.

Auch meine weitere Schlussfolgerung aus der Bestimmung des § 59 St.G.B. über die Nichtzurechnung vorsätzlich verübter Straftaten wegen Unkenntnis von Thatumständen, welche zu den gesetzlichen Thatbestandsmerkmalen gehören, will Lucas a. a. O. S. 72 nicht gelten lassen; nur insoweit bestreitet er sie, als sie dahin lautete (übrigens erkennbar als Schlussfolgerung von der Bedingung auf das Bedingte oder von der Voraussetzung auf die Folge): um wie viel mehr müsse der Gesetzgeber das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit überhaupt zum Vorsatz erfordert haben, wenn er als Minimum die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht (Erkenntnis-Denkvermögen resp. Vernunftgebrauch) für jegliche Schuldart aufgestellt habe, d. i. nichts anderes als Bewusstsein der Norm- oder Rechtswidrigkeit, des Verboten- oder Unerlaubtseins. Hiergegen müsse man einwenden, bemerkt Lucas, dass der Beweis des mit »um wie viel mehr« u. s. w. eingeführten Satzes, ein Beweis, um den es sich

eben handle, nur geführt werde durch eine nicht bewiesene, sondern willkürlich angenommene Gleichstellung der generisch verschiedenen Begriffe der Einsicht u. s. w. und der Erkenntnis der Strafbarkeit selbst; daher falle dieses Argument lediglich mit dem aus §§ 56—58 St.G.B. entlehnten zusammen. In dieser versuchten Beweiskräftung ist übersehen worden, dass eine Gleichstellung dieser Begriffe unter Verkennung des gedachten Unterschiedes gar nicht stattgefunden hatte, weiter aber, dass in der Bemerkung, jene Einsicht sei als »Minimalvoraussetzung« für jegliche Schuldart aufgestellt worden für die Zurechnung, die Markierung der Einsicht als »Minimalvoraussetzung« kenntlich gemacht worden war. Daraus ergab sich, dass von der Einsicht als Vorbedingung zur Rechtswidrig- und Strafbarkeitserkenntnis als dem Bedingten und weiter zur Zurechnung in der Schlussfolgerung fortgeschritten wurde, ferner dass eine Vergleichung mit der vom Gesetzgeber in § 59 erfordernten Kenntnis von Thatumständen als Bestandteilen eines Thatbestandes darauf abzielte, ein gemeinschaftliches Voraussetzungsmerkmal in der Kenntnis und Erkenntnis, dort bez. der Thatumstände, hier bezüglich der objektiven Rechtswidrig- bez. Strafbarkeit zu finden. Der Schluss auf die zu beweisende Folgerung, dass Erkenntnis oder Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als ein Bestandteil des schuldhaften Kriminaldolus auch im deutschen Strafgesetzbuch angenommen und nach den einzelnen Bestimmungen nicht anders zu denken sei, lautete dahin und war auch nicht anders zu verstehen: Wenn Kenntnis der zum Thatbestand gehörigen Umstände die Schuldzurechnung bedingen oder vorausgesetzt sein sollte, so darf um so mehr Erkenntnis oder Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der die Handlung erfüllenden Thatumstände angenommen werden, als ja das Gesetz die zur Strafbarkeitserkenntnis erforderliche Einsicht als Minimalvoraussetzung in §§ 56—58 St.G.B.'s aufgestellt hatte. Das ist ein Schluss von den korrespondierenden Teilen auf das Ganze, dessen verbindender Mittelbegriff die Rechtswidrigkeit — wenn auch nicht ausgedrückt — als Attribut ist: Kenntnis der einzelnen Bestandteile, welche sich zusammensetzen zu einer rechtswidrigen bez. strafbaren Handlung in

ihrem gemeinschaftlichen Attribut muss auch zum Bewusstsein dieses Attributes des Ganzen, worin sich jene Bestandteile vereinigen, führen, wie eine natürliche Voraussetzung eine gewöhnliche Folge hat, eine Bedingung ihr Bedingtes nach sich zieht. Nehmen wir also die in einem systematischen Zusammenhang stehenden Begriffe der Schuldvoraussetzungen aus §§ 56—59 St.G.B.'s heraus, so finden wir als Erfordernisse: 1) Einsicht, die erforderlich ist zur Strafbarkeitserkenntnis; 2) Kenntnis der wesentlichen, die strafbare Handlung ausmachenden Thatbestandsmerkmale und der dazu gehörigen Thatumstände; 3) Strafbarkeitserkenntnis selbst, worin das Rechtswidrigkeitsbewusstsein enthalten ist. Das letztere wird als im Gesetz enthalten bestritten; indessen es ist in 1. schon ausdrücklich erwähnt und logisch als gegebene Voraussetzung der Schuld nicht anders denkbar und es ist umsomehr als gefordert anzunehmen, als das Gesetz unter 2) die besondere Kenntnis als Schuldvoraussetzung hervorzuheben für notwendig erachtet hat, diese Kenntnis sich aber auf Thatumstände in ihrer »rechtlichen Beziehung« zur Strafbarkeit incl. Rechtswidrigkeit der fr. Handlung erstreckt.

Das führt zu einer weiteren Polemik Lucas's a. a. O. S. 37 gegen die Folgerung Ortsmanns¹⁾ und vorher Bindings²⁾, wonach Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit ein allen Verbrechen gemeinsames objektives Thatbestandsmerkmal, mithin ein in § 59 erwähnter »Thatumstand, welcher zum gesetzlichen Thatbestand gehört«, sei. Binding hatte nämlich sehr energisch behauptet, es gebe keinen Thatumstand, der für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre, als gerade das Verbotensein der Handlung (das wäre also die objektive Rechtswidrigkeit, welcher die Strafbarkeit folgt); der Unwissenheit des Verbotenseins gelte somit die Satzung des § 59 gleichfalls und kenne also der Thäter die Rechtswidrigkeit seiner That nicht, so könne nach § 59 das Strafgesetz gegen das vorsätzliche Verbrechen auf ihn keine Anwendung finden. Der Unwissenheit des Verbotenseins will Lucas mit

1) Gerichtssaal Bd. 29. S. 241 ff. Bd. 30. S. 31 ff. 344 ff.

2) Normenlehre II. S. 607.

vielen anderen die Satzung des § 59 nicht gelten lassen, weil dieses Gesetz nicht über den Kreis derjenigen Umstände hätte hinausgreifen wollen, welche nach der Doktrin Gegenstände eines »faktischen Irrtums« sein könnten, dieser Begriff enthalte nichts Thatsächliches, sondern ein rechtliches Urteil und gehöre sonach nicht in jenen Kreis. Dem kann ich nur die frühere Auslegung des § 59, welche ich im Gerichtssaal, Bd. 34, S. 427 gegeben habe, entgegen und mehr aufrecht erhalten: In concreto sollten faktische Verhältnisse (»Thatumstände«) von der Art, wie sie das einzelne Strafgesetz in seiner Thatbestandsbegrenzung als vorausgesetzt ansehen lässt, von welchen als rechtserheblichen für die Zurechnung jemand aber bei Begehung einer dieses Gesetzes verletzenden Handlung keine Kenntniss hatte, mithin auch diese Rechtswidrig- und Strafbarkeitsmerkmale von seinem Denken (Erkennen, Beurteilen, Erwägen) gar nicht vorgestellt erhalten konnte, nicht zum Vorsatz, überhaupt nicht zur Schuld zugerechnet werden — natürlich, weil eben die Erkenntniss der Rechtswidrigkeit und »Strafbarkeit« (»erhöhter«, die das Gesetz ausdrücklich hervor gehoben hat), ganz ausgeschlossen war, d. i. weil es den Handelnden an der Möglichkeit einer Vergleichung seines Denkens, Wollens und endlichen Verhaltens mit einer Norm gänzlich fehlte, worin die rechtserheblichen Thatumstände mitbegriffen sein könnten¹⁾. Es weisen die dem § 59 vorausgehenden Bestimmungen mit Macht darauf hin, dass das vom Strafgesetzbuch für die Schuldzurechnung vorausgesetzte allgemeine Bewusstsein der Rechtswidrig- und Strafbarkeit einer Handlung für die Rechtsübung als eine Regel zur Beurteilung des Thatsachen- und Rechtsirrtums für »Thatumstände« gesetzlich sanktioniert werden sollte, in der Weise: Bei der That mitwirkende Thatsachen

1) Hierher ist die bei Binding a. a. O. II. S. 501 angezogene Freisprechung angeklagter Mennoniten in allen 3 Instanzen zu ziehen, welche erfolgte, weil Unkenntniss der Norm, von deren Befolgung sie ihre Gemeindegossen abhalten wollten, ihren Vorsatz ausgeschlossen habe. Es ist aber auch ausgesprochen worden, dass ohne Rücksicht auf zivilrechtliche Präsumtionen bei Beurteilung des Dolus das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung zu prüfen sei.

in welchen ein Rechtswidrig- und Strafbarkeitsmerkmal liegt, sind von dem Vorsatz, überhaupt der Schuld ausgeschlossen oder ausserhalb liegend zu erachten, wenn sie dem Thäter in ihrer nicht nur kausalen Wirkung, sondern auch rechtserheblichen, rechtswidrigen (die Strafbarkeit sogar etwa erhöhenden) Eigenschaft unbekannt geblieben waren und deshalb auf die »freie Willensbestimmung« (§ 51) und auf die Entschlussfassung (§ 43) keine Einwirkung haben konnten. Das Zurechnungsprinzip der Gerechtigkeits- oder Vergeltungs-Sühnethorie: Nichtbewusstes soll nicht zugerechnet werden zur Schuld, erscheint nach § 59 auf »Thatumstände« — aber in ihrer rechtlichen Beziehung zur That und Schuld ausdrücklich angewendet zur Geltung gebracht. Ohne eine solche Beziehung haben aber Thatumstände als Merkmale des gesetzlichen Thatbestandes überhaupt gar keine Bedeutung. Es ist sonach die Schlussfolgerung aus § 59 ein Rückschluss auf die allgemeine Schuldvoraussetzung aus der Folgeziehung: wenn das Gesetz Kenntniss rechtserheblicher Thatumstände, die als Thatbestandsmerkmale von ihm aufgestellt worden sind, zur Schuldannahme voraussetzte, die Eigenschaft der Rechtswidrig- und Strafbarkeit aber solcher Thatumstände rechtserheblich ist, so muss das Gesetz auch davon ausgegangen sein, dass die Kenntniss dieser Eigenschaft überhaupt bei der Schuldannahme vorauszusetzen sei als ein allgemein durchgreifendes Thatbestandsmerkmal. Abweichend von Binding, der wie schon erwähnt, das Bewusstsein in der Rechtswidrigkeit zum Dolus verlangte, nicht auch das der Strafbarkeit, ist auch Ortmann a. a. O. dazu gelangt, das Bewusstsein der Strafbarkeit ausser jenem zum Dolus zu verlangen und er begründet diese Ansicht auch damit, dass die Strafgesetzbücher die Bestrafung einer objektiv dem Rechte zuwiderlaufenden und zur Schuld zurechenbaren That ohne ein dieser vorangegangenes Strafgesetz nicht zuliessen, woraus sich ergebe, dass das positive deutsche Strafrecht in der Vorandrohung einer Strafe ein allen Verbrechen gemeinsames objektives Thatbestandsmerkmal erblicke. Hiergegen wendet Lucas a. a. O. S. 74 ein, dass diese Beweisführung in der Auslegung dieses letzteren Begriffes irre. Die Strafbarkeit ist

keineswegs das bei der Frage, welches die Merkmale der mit Strafe bedrohten Handlung seien, Vorausgesetzte, sondern sie liegt in den thatsächlichen Erscheinungen von rechtserheblicher bez. rechtswidriger Bedeutung und hierin liegt das Strafbarkeitsmerkmal der Thatbestandsmerkmale, aus denen sich die ganze strafbare Handlung (»Verbrechen«) zusammensetzt. Von einem *circulus vitiosus* jener Ortmann'schen Deduktion und einer *petitio principii* kann keine Rede sein, denn die Attribute der Teile eines Ganzen kommen auch diesen zu nach der induktiven Methode der Schlüsseziehung.

Das Verbotensein ist aber auch eine Thatsache oder Thatumstand, welcher sich als Dauerzustand fortsetzt und »Eigenschaft« oder Thatbestandsmerkmal und der Gegenstand der Erkenntnis und des Urteiles wird, aber nicht selbst Urteil ist, wie Lucas meint; dass dasselbe in dem oder jenem Strafgesetz hervortritt oder nicht, das ist ein juristisches Urteil, eine rechtliche Auffassung des Inhaltes eines Strafgesetzes. Daher bemerkt Binding a. a. O. II. S. 607 mit Recht: »Der Unwissenheit des Verbotenseins gilt somit die Satzung des § 59 gleichfalls, was selbst Oppenhoff (Kommentar § 59, No. 7 m. E.) für diejenigen Fälle anerkennt, wo bei einem Straffalle das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erfordert werde. Bei welchem vorsätzlichen Delikte wird aber die Wissenschaft nicht gefordert« ?¹⁾.

Wenn die Motive zu § 59 bemerkten: »Der strafrechtliche Grundsatz, dass eine Handlung dem Thäter nur insoweit zur Schuld und Strafe anzurechnen sei, als der Wille und die Handlung einander entsprechen, findet in § 59 seine Anerkennung«, so konnte doch wohl nur von dem verbrecherischen (rechtswidrigbewussten) die Rede sein, von einem, welcher sich in einem bewussten Gegensatz zu einem Ge- oder Verbote mit Deliktfolge setzte, ungeachtet also der Erkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit der Handlung von einem

1) Binding erklärt hierauf die einzige im Reichsstrafrecht sich findende Ausnahme in § 163 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869: »Unbekanntschaft mit den Vorschriften dieses Gesetzes und der in Folge desselben gehörig bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften soll niemand, auch nicht den Ausländern, zur Entschuldigung gereichen«.

Willen, welcher sich nicht bloß des kausalen Zusammenhanges der aus Thatbestandsmerkmalen sich zusammensetzenden Handlung, sondern auch der normwidrigen Eigenschaft dieser bewusst gewesen ist, woran sich die Strafbarkeitserkenntnis nach menschlicher Erfahrung anzuschließen pflegt. Um die in den einzelnen Bestimmungen des allgemeinen Teils enthaltenen Grundgedanken des Strafgesetzbuchs zu erkennen, muss man erstere im Zusammenhang mit anderen ähnlichen zu verstehen suchen. So auch hier ist namentlich der Schlusssatz des § 48 St.G.B.'s zu berücksichtigen, worin die Negative enthalten ist, dass dem Anstifter seine Anstiftung nicht weiter zuzurechnen sei, als er selbst anzustiften vermeinte, dass ihm Exzesse des Angestifteten nicht zur Last gelegt werden sollten, weil er diese nicht in sein Wissen aufgenommen hatte. Die Motive bemerkten in dieser Beziehung: »Insoweit hierbei den Thäter eine Verschuldung nicht trifft, kann er auch nur nach dem Gesetze beurteilt werden, welches auf diejenige Handlung Anwendung findet, zu welcher er »wissentlich« angestiftet hat. Dies ist derselbe Grundgedanke, welcher dann in der in § 59 ausgesprochenen Regel hervortritt: Nichtbewusstes soll nicht zugerechnet werden! Es wird aber mit jenem Schlusssatz auch das »vorsätzlich«, welches nach den Motiven eingestellt wurde, um die Annahme einer strafbaren kulpösen Anstiftung auszuschließen, begrenzt, indem der darin enthaltene Wille auch nicht weiter reichen kann als das Wissen. Man kommt hierbei zu der Konsequenz, dass eine Anstiftung zu einer vom Anstifter für nicht strafbar gehaltenen Handlung mangels der Erkenntnis der Strafbarkeit, wenn dieser Mangel als unverschuldeter sich erweist, nicht zur Schuld zugerechnet werden darf, wogegen sich die Gegner dieser Ansicht natürlich heftig wehren. Das Reichsgericht, IV. Strafsen. hat im Urteil vom 7/X. 1890 das Wesen der strafbaren Beihilfe nach § 49 St.G.B.'s in der wissentlichen Hilfeleistung zur Begehung der Straftat des Thäters gefunden, was voraussetze, dass der Gehilfe von allen wesentlichen Begriffsmerkmalen der zu begehenden Hauptthat Kenntnis gehabt haben, aber auch seinen Willen, den Vorsatz, darauf gerichtet haben müsse, die Ausführung dieser, bestimmten

konkreten That des Thäters durch seine Hilfeleistung zu unterstützen und zu fördern. Leider haben die Motive zu § 59 sich darüber nicht geäußert, ob auch die Unkenntnis und der Irrtum über die rechtlichen Beziehungen der Thatbestandsmerkmale in den »Thatumständen« entschuldigen solle, sondern sich darauf beschränkt zu erklären, dass an jenem »sachlichen Grundsatz« der Deckung von Wille und Handlung bei der Zurechnung zur Schuld nichts habe geändert werden sollen, ferner, dass, wenn ein Angeklagter behaupte, »die in Rede stehenden Umstände und Eigenschaften nicht gekannt zu haben«, nicht ihm der Beweis der Unkenntnis obliege, sondern der Beweis gegen ihn zu erbringen sei, und endlich dass die Zurechnung jener Umstände, wenn sie nicht zum dolus wegen der Unkenntnis erfolgen könne, wenigstens zur culpa unter der Voraussetzung stattfinde, dass die Handlung selbst zu denjenigen gehöre, welche im Gesetzbuche auch dann, wenn sie nur aus Fahrlässigkeit begangen worden, mit Strafe bedroht seien.

Als »geradezu verhängnisvoll« bezeichnet Binding a. a. O. II. S. 473 unter Anführung mehrerer Belege aus der Theorie und Praxis die übliche Verwirrung, Irrtum über Verbotensein und Strafbarkeit der Handlung bildeten zusammen den ganz einflusslosen Irrtum über Vorhandsein und Tragweite des Strafgesetzes und dieser letztgenannte Irrtum sei irrelevant, weil die Kenntnis der Strafgesetze präsumiert werde; auch der wirklich als vorhanden anerkannte Irrtum über die Strafbarkeit sei für die Schuldfrage bedeutungslos, während die Kenntnis der Rechtswidrigkeit nie präsumiert werden dürfe und die Unkenntnis derselben den dolus stets ausschliesse. Es wurde oben schon hiergegen polemisiert und auch Ortman a. a. O. wirft mit Recht Binding eine Inkonsequenz vor. Man hat den Motiven des Urteils des preussischen Obertribunals vom 15/X. 1874 beizutreten: »Ein Rechtsirrtum bezüglich des Strafgesetzes kann nichts helfen; doch muss Implorant mit der Behauptung gehört werden, dass er durch einen rechtlichen Irrtum über die strafbare Beschaffenheit seiner Handlung in Unkenntnis versetzt sei und daher das strafrechtliche Bewusstsein

einer Rechtsverletzung nicht gehabt habe«. Dasselbe Bewusstsein ist bereits im Urteil vom 19/II. 1874 betont gewesen und auf diesem Standpunkt scheinen die Motive zum norddeutschen Entwurf doch auch gestanden zu haben, wenn sie zu den »in Rede stehenden Umständen« auch noch die »Eigenschaften«, über deren Vorhandensein der Angeklagte in Unkenntnis befangen gewesen, als Beweisgegenstand bezeichnet haben. Auf die Materialien zum preussischen St.G.B. ist wegen der Marginalbemerkung zu § 44: »Vom faktischen Irrtum«, womit der Rechtsirrtum als ausgeschlossen zu betrachten wäre, allerdings, wie Lucas a. a. O. S. 89 nachgewiesen hat, in Rücksicht auf die damalige Terminologie nicht viel zu geben.

Übrigens fehlt es nicht an Konzessionen, welche nach und nach der Auffassung von der Unhaltbarkeit des Satzes, *juris ignorantia* könne nicht entschuldigen, gemacht werden. v. Savigny, System III. S. 326 bezog den sog. Subsumtions-Irrtum (freilich nach Lucas a. a. O. irrig) auf wirkliche That-sachen und bezeichnete den Irrtum über ein Zivilrechtsverhältnis als einen faktischen, was bis heute festgehalten worden ist, da es sich um das Bestehen eines solchen als That-sache handle¹⁾, wobei freilich eine Vergleichung des Rechts-

1) Vergl. Reichsgerichtserkenntnis vom 9/IV. 1881: »Nur wenn der Irrtum sich auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses gegenüber dem Verletzten bezogen hätte, welches an und für sich ein Züchtigungsrecht begründen würde, würde derselbe haben Beachtung finden müssen« — nicht bei irriger Auffassung einer strafrechtlichen Norm. Erwachsene oder Bestohlene halten sich leicht für berechtigt, zuchtlose Buben auf der Stelle zu züchtigen, wenn ihnen von diesen Unrecht oder Ungebürlichkeiten widerfahren sind; sie befinden sich dabei leicht in einem Irrtum über ein ihnen zustehendes Recht, welcher aber meist in der Übereilung entsteht, bei ruhiger Erwägung hingegen sich in das Bewusstsein der Nichtbefugnis verwandelt, da nur gewissen Gewalthabern ein Züchtigungsrecht anerkanntermassen zusteht. Von einer Strafbarkeits-unkenntnis bezüglich jener Züchtigung konnte daher keine Rede sein, weil der Rechtsirrtum ein verschuldeter war und zur fahrlässigen Körperverletzung als eigentliche Ursache geführt hatte, da bei gehöriger Erwägung jener Irrtum nicht entstand und die richtige Rechtsanschauung den Willen von der Thatausführung abgehalten haben würde — Gegenmotiv.

bestandes desselben mit dem objektiven Recht gar nicht zu umgehen ist und ein Verhältnis für ein Rechtsverhältnis oder umgekehrt ein Rechtsverhältnis für ein blosses faktisches Verhältnis gehalten werden kann aus Rechtsunkenntnis oder Verwechselung von Rechtssätzen, worauf sich dann ein Irrtum über Rechte und Zwangspflichten stützt, in welchem Handlungen beschlossen und ausgeführt werden. Wie eine Trennung der s. g. That- und Rechtsfrage bei dem Verbrechen nicht wohl möglich ist, so ist auch bei dem Rechtsverhältnis die rechtserhebliche Eigenschaft nicht wohl loszulösen von der relevanten Thatsache als einem Thatbestandteile jenes. Lucas a. a. O. S. 88 sieht sich auch genötigt, nichtstrafrechtliche Momente, meist solche des Zivil- aber auch des Verwaltungsrechts, welche in verschiedenen Strafgesetzen sich unterstellt vorfinden, wie Eigentum, Besitz, Befugnis, ehe-kirchenrechtliche, prozessualische Vorfragen betreffende u. s. w. in Fällen, wo sich der gesetzliche Thatbestand des Verbrechens aus rein thatsächlichen, strafrechtlichen und nichtstrafrechtlichen Momenten dergestalt zusammensetzte, dass letztere erst ihm das Wesen der Strafbarkeit verliehen, in ihrer Anwendung auf den untergebenen Fall als »Thatumstände« anzusehen und der Regel des § 59 zu unterstellen¹⁾. Der Richter habe, da das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit keine allgemeine Voraussetzung des Dolus bilde, andererseits das Fehlen desselben auf anderen Ursachen beruhen könne als auf einem faktischen Irrtum, namentlich auf Unkenntnis oder irriger Auslegung von Strafgesetzen, bei der Feststellung, dass der An-

1) Dahin lauten auch die Reichsgerichtsentscheidungen vom 16/IV., 22/XI. 1880, 11/I., 25/I., 9/IV., 6/V., 27/V. 1881 u. a. m. Im Urteil vom 27/V. 1881 ist ausgesprochen, es bestehe kein allgemeines Prinzip, wonach ein Rechtsirrtum überhaupt nicht entschuldigen solle, und ausserdem könne ein Irrtum, welcher nicht Dasein und Inhalt des Strafgesetzes als solchen betreffe, vielmehr bei vorhandener Kenntnis des Angeklagten von der bestehenden Strafnorm, sich auf zivilrechtliche oder kirchenrechtliche Bestimmungen, bez. auf die im Einzelfalle zutreffenden faktischen Voraussetzungen für Anwendung des Strafgesetzes beziehe, als ein thatsächlicher sich darstellen (§ 59 St.G.B.).

geklagte ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt, zu motivieren, dass auf der einen Seite der Gegenstand des Rechtsirrtumes als ein nichtstrafrechtlicher erhelle, auf der anderen Seite sich herausstelle, wie der Irrtum zur Unkenntnis eines wesentlichen Thatumstandes geführt habe. Lucas kommt zu dem Ergebnis, dass der Rechtsirrtum den Dolus nur dann beseitige, wenn er sich nicht auf strafrechtliche Rechtsverhältnisse beziehe und zugleich zur Folge habe, dass ein zum gesetzlichen Thatbestande gehöriger oder die Strafbarkeit erhöhender Thatumstand vom Thäter nicht gekannt bez. verkannt wird.

Aus der Entscheidung des Reichsgerichts, III. Strafsen. vom 15 II. 1883 sei Folgendes herausgehoben: »Wenn das Wissen um irgend eine Wahrheit die Bedingung der kriminellen Strafbarkeit ausmacht, so hebt das Nichtwissen notwendig die Strafbarkeit auf, und zwar lediglich deshalb, weil es nunmehr an der Thatsache des Wissens fehlt. Durch welchen Umstand das Nichtwissen oder der Irrtum herbeigeführt ist, darauf kann nichts ankommen, da es sich blos um die Wirkung handelt. Das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit seiner Handlung hat derjenige, welcher vermöge Rechtsirrtumes nicht weiss, dass dieselbe gegen ein Gesetz verstösst, ebensowenig wie derjenige, welcher vermöge faktischen Irrtumes nicht weiss, dass es an dem Vorhandensein einer Thatsache fehlt, von welcher das ihm bekannte Gesetz das Erlaubtsein der Handlung abhängig gemacht hat. Daher kennt auch das gemeine Recht da, wo es auf das Vorhandensein der bona fides ankommt, keinen Unterschied zwischen Rechtsirrtum und faktischem, entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtume; das Wissen, welches die mala fides begründet, wird durch jede Art des Irrtumes ausgeschlossen«. Es wird inbezug auf die Bedeutung des § 59 weiter in jener Entscheidung bemerkt, dass darin ein selbstverständliches, allgemeines Prinzip anerkannt sei, worauf erst dann zurückgegriffen werden könne, wenn nicht schon die gesetzliche Definition des einzelnen Vergehens über den subjektiven Thatbestand eine bestimmte Entscheidung getroffen habe, wie bei der hier in Frage ge-

standenen widerrechtlichen Verhaftung in § 341 St.G.B.; denn alles, dessen Kenntniss durch die gesetzliche Definition eines einzelnen Vergehens bei dem Thäter ausdrücklich gefordert werde, sei, aus dem Gesichtspunkt des § 59 betrachtet, etwas thatsächliches oder ein »Thatumstand«, auch wenn es sich dabei um eine gesetzliche Bestimmung handle; der Grundsatz dieser Bestimmung gehe dahin, dass sich der Thäter der sämtlichen Merkmale, durch welche seine Handlung vermöge der gesetzlichen Definition über den Thatbestand der einzelnen Vergehen zu einer strafbaren werde, bewusst gewesen sein müsse, wenn er für die Handlung strafrechtlich verantwortlich sein solle u. s. w.¹⁾. Auch der I. Strafsenat im Urteil vom 19/II. 1885 erwähnt, dass der § 59 auch da Anwendung finde, wo die Thatumstände rechtliche Momente zum Gegenstand haben, oder wo Nichtkenntnis derselben auf Unkenntnis rechtlicher Bestimmungen oder auf sonstiger irriger rechtlicher Anschauung beruht (so weit nicht § 59 Abs. 2 St.G.B.'s eine Ausnahme aufstellt); eine dem Gesetz nicht entsprechende Anschauung über Sinn und Inhalt des Strafgesetzes selbst begründe jedoch keine Be-

1) Diese Entscheidung hat auf Lucas so frappierend gewirkt, dass er sich zu einem seiner Schrift angehängten, ihr gewidmeten, Nachtrag auf S. 151 veranlasst sah. Wenn auch nicht nach den Urteilsgründen dem § 341 St.G.B.'s und der darin ersichtlichen Betonung der Widerrechtlichkeit die Bedeutung beizulegen ist, dass eine besondere Entscheidung über die subjektive Verschuldung vom Gesetzgeber getroffen worden sei, nach welcher das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit in dem Thäter zur Strafbarkeit gehöre, so ergiebt sich doch mit Klarheit aus jenen Urteilsgründen, dass da, wo das Vorhandensein der bona fides — Abwesenheit des Rechtswidrig- und Strafbarkeitsbewusstseins — in Frage steht, ein Unterschied zwischen Rechtsirrtum und faktischen Irrtum nicht zu machen sei, dass das Wissen, welches die mala fides begründe, durch jede Art des Irrtums ausgeschlossen werde. Lucas konnte sich hiernach nicht verhehlen, dass es folgerichtig gewesen wäre, auch den Irrtum über das Strafgesetz entschuldigen zu lassen, weil auch auf einem solchen die bona fides beruhen könne; die von ihm gewünschte Entscheidung der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts ist inzwischen (seit 1883) nicht erfolgt, da in den anderen Strafsenaten I, II, IV noch an der bisher üblichen Verneinung festgehalten worden ist.

freierung von dessen Anwendung auf eine demselben zuwiderlaufende Handlung. Derselbe Strafsenat bemerkte im Urteil vom 2/V. 1887, der allgemeine strafrechtliche Vorsatz bestehe nicht in dem Willen, das Strafgesetz zu verletzen, sondern nur diejenige Handlung vorzunehmen, durch welche das Gesetz — wenn auch dem Thäter unbewusst (!) — verletzt werde. Die Strafbarkeit erfordere das Bewusstsein des Vorhandenseins der einzelnen, eine Straftat begründenden Thatbestandsmerkmale, nicht auch das Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit; entschuldbar sei nur der Irrtum über Thatsachen oder über Rechtsverhältnisse, welche nicht ausschliessend die Anwendung des Strafgesetzes betreffen. Auch das Reichsgericht II. Strafsen. hat im Urteil vom 31/I. 1890 ausgesprochen, dass ein Rechtsirrtum über Inhalt und Umfang des Strafgesetzes nicht entschuldigt werde, und eines Beweises, dass der Thäter sich auch nun der Rechtswidrigkeit seiner von ihm gewollten, mit Strafe bedrohten Handlung bewusst gewesen sei, bedürfe es für Annahme der subjektiven Verschuldung nicht; der § 59 handele nicht von Unkenntnis der Begriffsmerkmale, deren Gesamtheit das Strafgesetz bilde, sondern von Thatumständen, welche zum gesetzlichen Thatbestand gehörten, d. h. unter eines dieser gesetzlichen Begriffsmerkmale fielen¹⁾. Von diesen Entscheidungen lässt die erste erheblichen Zweifel über eine Uebereinstimmung mit den übrigen aufkommen,

1) Durch diese Entscheidung wurde der Unterschied erst recht klar gemacht und danach tritt hervor: Irrtum über gesetzliche Begriffsmerkmale als bestehende oder aufgestellte und über deren Auslegung und Tragweite, ferner Irrtum über Thatumstände, welche unter jene Merkmale fallen, sowohl über deren Bestehen als auch über deren Eigenschaften, und endlich Irrtum über die Zulässigkeit einer Unterordnung der letzteren unter die ersteren, der s. g. Subsumtions-Irrtum, der sich erweitert zu dem Urteil: »die That fällt nicht unter ein Strafgesetz oder die Handlung ist nach allgemeiner Meinung und auch nach der des Beschuldigten keine strafbare«; und nun kommen die oben erwähnten Irrtümer als Gründe in Frage und davon soll der erste nicht, aber wohl der zweite entschuldigen, während die mildere Meinung auch einen entschuldbaren Irrtum über die strafgesetzlichen Merkmale die Zurechnung ausschliessen lassen will.

welche sich konsequent der oben erwähnten Auffassung anpassen, wie sie in der letzten vom 13/V. 1890 der IV. Strafsen. sehr bündig unter Verweisung auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts dargelegt hat.

Wenn Lucas a. a. O. S. 90 zugestehen muss, dass die wenigen Anhänger der von ihm im Einklang mit der Auffassung des Reichsgerichts vertretenen Lehre vor der Hervorhebung der Widerrechtlichkeit in einzelnen Strafgesetzen und vor dem § 59 halt machten, wie in den Lehrbüchern von v. Liszt S. 110 und H. Meyer, 3. Aufl. S. 153, so dürfte dies doch ihm schon zu einigem Bedenken Anlass geben. Wenn das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit in der Praxis nur bei solchen Strafgesetzverletzungen zum Vorsatz erfordert wird, wo ausdrücklich die Widerrechtlichkeit in den Thatbestand aufgenommen worden ist (§§ 123, 124, 239, 240, 291, 339 u. a. m.), so ist die Erklärung dafür darin versucht worden, dass die Regel des § 59, wonach die Vorstellung alle Merkmale des besonderen Thatbestandes umfassen müsse, ausnahmsweise nach der Gesetzestendenz auch auf die Rechtswidrigkeit ausgedehnt hätte werden sollen. Dass das Reichsgericht auch dieser Ansicht huldige, darf wohl auch angenommen werden. Lucas a. a. O. S. 91 erklärt sich auch dagegen und meint, wenn jene Ausdrucksweise in dem Zusatze »widerrechtlich«, »rechtswidrig«, »unbefugt« u. s. w. wirklich im eigentlichen Sinne verstanden werde, dann wäre in Ansehung der betreffenden Delikte eine Strafbarkeit ohne das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit überhaupt nicht denkbar, vielmehr das Fehlen dieses Bewusstseins immer und selbst dann von strafausschliessender Wirkung, wenn es auf Unkenntnis des Strafgesetzes beruhte, und damit wäre eine erhebliche Reihe von Ausnahmen von dem (vermeintlichen) Grundsatz, dass das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit überhaupt nicht vom Strafgesetzbuch zur Schuld erfordert worden sei, geschaffen. Dass jedoch die Gesetzgebung eine solche Absicht verfolgt habe, dafür fehle aller Anhalt, da die Materialien zum preussischen St.G.B., dem die Mehrzahl der einschlagenden Stellen entnommen sei, ebensowenig wie der Entwurf des Gesetzbuchs und die Reichstags- bez. Kommissionsverhandlungen

da, wo »widerrechtlich« oder »unbefugt« u. s. w. eingeschoben worden sei, eine Andeutung über die beabsichtigte Tragweite erkennen liessen. Dieses Schweigen deutet Lucas dahin, dass der Gesetzgeber, wenn er bezweckt hätte, Ausnahmen von einem so wichtigen, meist strafpolitisch bedeutsamen Prinzip zuzulassen, mit einem klaren Ausspruche nicht zurückgehalten hätte. Er bezieht sich zunächst auf eine »vorsichtige« Auslassung v. Schwarze's im Komment. Exkurs III. S. 20, der ja selbst ein wichtiges Mitglied der Reichstagskommission gewesen sei: »Wiederholt sind die Worte »rechtswidrig« oder »unbefugt« gebraucht. Allein mit ihnen wird zunächst nur die Handlung selbst charakterisiert, dagegen noch nicht das Bewusstsein dieses Charakters in der Reflexion des Thäter ausgedrückt«; dieser vermeintlichen »Konzession des bedeutenden Autors« legt Lucas um so grösseres Gewicht bei, als v. Schwarze zu den Gegnern der von ihm vertretenen Theorie zähle und im weitesten Umfange das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu den Erfordernissen des Dolus rechne. Studiert man jedoch jenen Exkurs über dolus und culpa aufmerksamer, so ergibt sich doch eine andere Bedeutung der herausgezogenen Auslassung v. Schwarze's; zunächst erklärte er die öftere Beifügung von »wissentlich« im Strafgesetzbuch neben dem »Vorsatz« und der »Absicht« bei regelmässig nur einzelnen Thatbestandsmomenten damit, dass in diesen Fällen nur die Erstreckung des dolus (Bewusstseins) auch auf das einzelne Thatbestandsmoment und die Ausschliessung der Anwendbarkeit des Strafgesetzes durch einen Irrtum über die Thatsache hervorgehoben werden sollte — um zu betonen, dass eine Haftung für culpa ausgeschlossen werden solle; dasselbe gelte auch von dem Ausdruck »wider besseres Wissen« in §§ 164, 187, 189, 278 St.G.B.; es schliesse überhaupt Unkenntnis der den strafbaren Charakter bedingenden Thatumstände die Annahme des Dolus aus, sie könne aber als Fahrlässigkeit angesehen werden, wie z. B. bei dem Meineide. Hieran angefügt findet sich die oben von Lucas zum Beweise verwendete Auslassung v. Schwarze's, woran sich sogleich die Folgerung ausgesprochen knüpft: »Mithin ist mit ihnen (nämlich den Bei-

fügungen von »rechtswidrig« und »unbefugt« zu »vorsätzlich«) die Möglichkeit einer strafbaren culpa nicht ausgeschlossen« u. s. w. Der von Lucas herausgegriffene Satz hat sonach nur Beziehung zu der Abgrenzung von dolus und culpa, aber keine solche zu unserer Frage!

Das Schweigen der Gesetzgebung über die Einschiegung der fr. Ausdrücke, »wissentlich«, »rechtswidrig«, »unbefugt« u. s. w. würde, wenn es sich um Kennzeichnung von Ausnahmen von der sonst das Bewusstsein der Rechtswidrig- und Strafbarkeit zur Schuld erfordernden Regel handeln sollte, allerdings nicht zu rechtfertigen sein, recht wohl aber, wenn diese sonst von den Motiven, wie oben nachzuweisen versucht, festgehaltene Regel, dass Rechtswidrigkeitsbewusstsein zum Begriffe des Vorsatzes erfordert werde, aus praktischen Gründen in den einzelnen Fällen nur ihren bestätigenden Ausdruck erhalten sollte, und wenn es nur galt, etwaigen Zweifeln zuvorzukommen oder das hervortretende strafrechtliche Moment, eine Ausschliessung einer Berechtigung je nach dem Wesen des fr. Delikts u. dgl. zu kennzeichnen. Diese von mir schon im Gerichtssaal Bd. 34, S. 427 ff ausgeführte Auslegung ist noch und auf Grund neuerer Erwägungen erst recht aufrecht zu erhalten, namentlich auch inbezug auf die Erklärung des § 59, dass darin die allgemeine Voraussetzung für alle Schuldzurechnung in einer für die Rechtsübung bestimmten Regel konkret bestätigt worden sei, nämlich: »bei der That mitwirkende Thatfachen, in welchen ein Strafbarkeitsmerkmal liegt, sind von dem Vorsatz ausgeschlossen oder als ausserhalb desselben liegend bei Beurteilung der Schuld zu erachten, wenn sie dem Thäter unbekannt blieben und das Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit oder (erhöhten) Strafbarkeit keine Einwirkung auf die Entschlussfassung (§ 43) oder auf die freie Willensbestimmung (§ 51) haben konnte«. Man dürfte sonach nicht folgern, wie geschehen, in jenen einzelnen Strafgesetzen, worin die Rechtswidrigkeit besonders hervorgehoben sich vorfindet, und in Hinblick auf das Prinzip in § 59 seien Ausnahmen von der sonst im Strafrecht festgehaltenen Regel der Nichtberücksichtigung eines Bewusstseins der Rechtswidrigkeit, welches letztere nicht all-

gemeine Schuldvoraussetzung sei, zu finden; sondern es ist zu folgern, im § 59 sei vom Gesetzgeber vom Vorhandensein des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit als notwendigem Bestandteil des verbrecherischen und schuldhaften Vorsatzes als Regel und Begriffsnotwendigkeit ausgegangen und daraus für die Zurechnung als Konsequenz eine Regel aufgestellt worden, welche sich nicht anders erklären lässt als auf jener Voraussetzung beruhend; dieselbe ist also ein Ausfluss des Begriffes des Schuldhaften im strafrechtlichen Vorsatze als einem mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gefassten Entschlusse in dem Gebot: Nichtbewusstes soll nicht zugerechnet werden — auf »Thatumstände« angewendet. Es sind auch hier die oben angeführten Motive zu § 56 wieder in Vergleichung zu ziehen: Erkenntnis der die Handlung als strafbare charakterisierenden Merkmale und daraus folgend die Erkenntnis der Strafbarkeit der konkreten Handlung wurde dort für die Schuld gefordert, insbesondere: »der Thäter muss zu erkennen imstande gewesen sein, dass seine Pflicht die Unterlassung jener speziellen Handlung fordere und er durch Begehung der letzteren sich einer Kriminalstrafe aussetze«! Das allein ist das Grundprinzip einer individuellen Gerechtigkeit¹⁾, der Zurechnung zur inneren Verschuldung! Die Schlussfolgerung, dass eine solche allgemeine Schuldvoraussetzung (Bewusstsein der Rechtswidrigkeit) von der Strafgesetzgebung da, wo eine Andeutung dafür sich im einzelnen Strafgesetze nicht finde, auch nicht anzunehmen sei als ein Erfordernis der Zurechnung wird sich nunmehr hoffentlich als eine unrichtige herausstellen, wenn man von der einfachen und natürlichen Erklärung ausgeht, dass nur eine Betonung der Grund der Beifügung jener Zusätze: »wissentlich«, »rechtswidrig« u. s. w., um der Praxis Hinweise auf wesentliche Begriffsmerkmale zu geben, gewesen ist und darin sich konsequent jenes Grundprinzip nur zum Ausdruck gebracht findet. Diese Betonung war bei den meisten und denjenigen Delikten, welche ihrer Natur nach sie überflüssig, ja vielleicht sogar wegen der

1) Wahlberg, Prinzip der Individualisierung.

allzugreifbaren Selbstverständlichkeit etwas auffallend erscheinen lassen musste, weggelassen worden, wie auch die Hervorhebung der Vorsätzlichkeit da wegblieb, wo sie sich von selbst verstand, wie bei dem Hochverrat und Landesverrat in §§ 80—88, Beleidigung des Landesherrn u. s. w. in §§ 94—101, feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten in §§ 102 u. 105, bei den Verbrechen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte in §§ 105—107, 109, bei Widerstand gegen die Staatsgewalt u. dgl. in §§ 110—119, 122, 125—130, bei den Vergehen in §§ 138, 139, 140, 143, 144, 146, 147, 148—151, bei den Eidesverletzungen und Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen, Sittlichkeitsverbrechen in § 171 ff, Zweikampf in §§ 201 ff, Verletzungen der persönlichen Freiheit in §§ 234—238, bei Diebstahl und Unterschlagung, Raub und Erpressung, Hehlerei, Betrug, Fälschung u. s. w. — Also bei allen solchen Verbrechen und Vergehen, deren Rechtswidrig- und Strafbarkeit s. z. s. auf der Hand liegt und welche nur mit der Kenntnis davon und ungeachtet dieser mit bösem Willen begangen werden können, da überall ist weder Vorsatz noch Widerrechtlichkeit in den einzelnen Strafgesetzen hervorgehoben, ausser da, wo diese betont und die Bestrafung einer fahrlässigen Begehung ausgeschlossen sein sollte¹⁾. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Lucas a. a. O. S. 92 unter Bezugnahme auf das Reichsgerichtsurteil vom 30/IX. 1881 zu § 123 St.-G.-B. behauptete, das »widerrechtlich« habe überhaupt keine sachliche Bedeutung, es sei ein superfluum, hervorgerufen durch einen Akt legislatorischer Vorsicht, welche bei Thatbeständen, hinsichtlich deren die Berechtigungsfrage besonders häufig und wichtig sei, jedes Missverständnis von vornherein unmöglich zu machen und die Aufmerksamkeit des Richters

1) Die Beifügung von »vorsätzlich« erfolgte im Strafgesetzbuch nicht blos bei einzelnen Delikten, um diese Schuldart von der dann später besonders hervorgehobenen fahrlässigen Verübung desselben Deliktes abzusondern, sondern auch, um damit anzudeuten, dass nicht auch eine fahrlässige Begehung strafbar sein solle, wo sie nicht noch besonders erwähnt worden ist; so bemerken z. B. die Motive zu § 48, dass durch Beifügung des Wortes: »vorsätzlich« die Annahme einer strafbaren, kulposen Anstiftung hätte ausgeschlossen werden sollen.

auf diese Frage besonders habe hinlenken wollen, wie jenes Urteil bemerkte, es hätte bei dem Hausfriedensbruch, der ein doloses Vergehen sei, einer Hervorhebung des weiteren Erfordernisses, dass das Eindringen »widerrechtlich« geschehen sein müsse, nicht bedurft und es sei dies geschehen, um anzuzeigen, dass es ein absolutes Recht auf Schutz des Hausfriedens nicht gebe, anderenteils, um den Richter zur Feststellung der Widerrechtlichkeit des Eindringens zu nötigen. Die §§ 123, 124 St.G.B.'s. gehören nämlich zu denjenigen Strafgesetzen, in welchen der Vorsatz überhaupt eine Erwähnung nicht gefunden hat, jedoch bei diesen kann die vorsätzliche Begehungsart nach dem Begriff der strafbaren Handlung allein gemeint gewesen sein. »Klar ist«, — habe ich a. a. O. S. 429 bereits ausgeführt — »dass bei vorsätzlichen Handlungen, welche ihre Kriminalität durch Geltendmachung eines Rechts oder bei Ausübung einer Befugnis verlieren, der Gesetzgeber besonders zu betonen habe, dass die Widerrechtlichkeit hier vorzugsweise in Frage komme, objektiv wie subjektiv; daher ist bei Hausfriedensbruch, wo gerade die objektive Widerrechtlichkeit in Frage kommt, indem bekanntlich Hausfriedensbruch am meisten zur Wahrung wirklicher oder vermeintlicher Rechtsinteressen verübt zu werden pflegt, diese betont bei dem Eindringen und diesem das Verweilen ohne Befugniss zur Seite gestellt. Der Zweck dieser Hervorhebung ist m. E. lediglich ein legislatorisch praktischer und nichts weiter, als Ausscheidung namentlich der Fälle strafloser Selbsthülfe, welche so oft vorliegt«. Eine sachliche Bedeutung wird neben der praktischen Tendenz mithin jener Beifügung von: »rechtswidrig« oder »widerrechtlich«, welches in § 123 noch bei dem Verweilen ohne Befugnis, trotz der Aufforderung des Berechtigten zur Entfernung näher thatsächlich substantiiert worden ist, nicht abzusprechen sein. Dasselbe gilt von der Verbindung von »vorsätzlich und widerrechtlich« in § 239 St.G.B.'s, wodurch offenbar die Überschreitung der Rechtsschranken bei vorsätzlicher Freiheitsberaubung noch besonders hervorzuheben war, um die Unterordnung von Fällen auszuschliessen, in welchen jemand in Ausübung einer Befugnis die Freiheit beschränkt, wie z. B. bei vorläufiger Festnahme nach § 127 St.P.O. oder bei einer

zur Übung der Schulzucht angeordneten Freiheitsberaubung, wenn dort die gesetzlichen Grenzen und hier die durch den Zweck und die Veranlassung zur Zuchtübung bei Nachsitzenlassen oder Schulkarzer gegebenen Grenzen, etwa durch Nahrungs-entziehung, Einsperren in dunkeln oder ungesunden Räumen oder sonst in einer das Gemüt erschütternden Weise überschritten werden. Die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der vorsätzlichen Freiheitsberaubung, d. i. der bewusst über die gesetzlichen Grenzen, bez. über die des vernunftgemäss Erlaubten schreitenden, wird auch hier einen Massstab nehmen an den allgemeinen Anschauungen über das Normwidrige und Strafbare bei solchen oft recht auf der Grenze des Bewussten und Unbewussten, ja des Scherzes und Ernstes hinlaufenden Fällen eines Einsperrens, wie letzteres junge Leute zuweilen treiben, wie ersteres aber auch leicht in Zuchtverhältnissen vorkommt. Der Gesetzgeber hatte hier alle Ursache, die Widerrechtlichkeit als Merkmal des bösen Vorsatzes hervorzuheben, da sonst die Meinung entstehen konnte, dass auch ein fahrlässiges Einsperren oder ein vorsätzliches ohne Erkenntnis der Widerrechtlich- und Strafbarkeit unter das Strafgesetz hätte gestellt werden sollen. Dass ein Gleiches nicht auch bei der Körperverletzung, soweit sie nicht nur in einer Misshandlung, sondern auch in Gesundheitsschädigung besteht, zur Ausschliessung der Fälle berechtigter Verletzungen, geschehen ist, erklärt sich daraus, dass, wie in einer Entscheidung des Reichsgerichts III. Strafsen. vom 9 IV. 1881 gesagt war, der § 223 St.G.B.'s. die selbstverständliche Einschränkung der vorsätzlichen Körperverletzung enthalte, dass sie straflos sei, soweit sie in Ausübung eines dem Thäter zustehenden Rechts erfolgt, indem die Norm alle Fälle unberührt lasse, in welchen der Letztere sich bei seiner Handlung in Ausübung eines vom Staate anerkannten Rechts befinde. Nicht minder selbstverständlich war dies bei der Freiheitsberaubung; indessen hier musste es doch, da die Grenzen zwischen erlaubter und nichterlaubter Freiheitsberaubung im Leben weitmehr fliessende zu sein pflegen als bei der erlaubten Körperverletzung, mehr aus praktischen Gründen die Widerrechtlichkeit noch als vorausgesetztes Thatbestandmerkmal hervorgehoben werden, ganz so

wie in § 123 St.G.B.'s. Ganz dasselbe gilt von der »widerrechtlichen« Nötigung in §§ 240 und 339, von der »unbefugten« Ingebrauchnahme seitens eines öffentlichen Pfandleihers, von der »widerrechtlichen« Zueigung verschossener Munition in § 291, von der »vorsätzlich und unbefugter Weise« vorgenommenen Brieföffnung in § 299, von der widerrechtlichen Mitteilung amtlicher Schriftstücke, von der Sachbeschädigung und vielen anderen bei Binding, a. a. O. II, S. 488 ff, angeführten Vergehen ¹⁾

Man darf also nicht bei allen diesen Delikten in der gedachten Hervorhebung der Rechtswidrigkeit u. dgl. bei dem Vorsatz oder ohne dessen besondere Erwähnung, wo nur die vorsätzliche Begehung anzunehmen ist, eine ausnahmsweise Ausdehnung der in § 59 St.G.B.'s aufgestellten Regel auf das Moment der Rechtswidrigkeit als eines besonderen Thatbestandsmerkmals oder »Thatumstand« erkennen wollen (v. Liszt), sondern kann nur herausfinden, dass die Betonung des bei allen strafbaren Handlungen vorausgesetzten Merkmals für die Erkenntnis der kriminellen Strafbarkeit als des besonders festzustellenden »Thatumstandes« im Sinne der Strafbarkeits-Eigenschaft bezweckt sein konnte; während die Gegenansicht behauptet, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nur da im Bestreitungs- oder Zweifelsfalle nachzuweisen wäre, wo die Rechtswidrigkeit ausdrücklich im einzelnen Strafgesetz zum Thatbestandskriterium gemacht worden sei, fordern wir dies bei allen Delikten. Es leuchtet ein, dass bei der Einführung dieser letzteren Ansicht in die

1) Die übrige »strafgesetzliche Betonung einzelner Momente im Vorsatz« s. in der Abhandlung über die Schuldarten im Strafrecht a. a. O. § 5. Wo das Attribut »rechtswidrig« u. dgl. in einem Strafgesetz als charakteristisches Merkmal der Strafbarkeit beigelegt ist, wie z. B. zu Vermögensvorteil in §§ 263 und 253; da kann auch der Irrtum über diese Eigenschaft von der Zurechnung frei machen, weil dann die Erkenntnis davon nicht in die »Absicht«, welche hier als spezialisierter Dolus hervortritt, aufgenommen ist. Andererseits darf, wo das Gesetz diese Eigenschaft nicht beigelegt hat, wie z. B. in § 268 bei der schweren Urkundenfälschung, auch nicht erfordert werden; vergl. R.G. I. St.S. im Urt. v. 30/VI. 1890.

Praxis derselben eine umfangreichere Arbeit erwächst, wenn in allen Strafrechtsfällen der Einwand des Mangels der Erkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit der angeschuldigten Handlung gehört und, seine Erheblich- und Glaubhaftigkeit vorausgesetzt, eine Beweiserhebung (meist Anzeichenbeweis) mehr verursachen wird, dass aber bei jener Ansicht auch mehr, und zwar bedenkliche Verurteilungen vorkommen werden, als bei der von der Notwendigkeit des Nachweises der Strafbarkeitserkenntnis getragenen Gesetzesauslegung. Hierin liegt die grosse Tragweite der hier abgehandelten Frage für eine Rechtsübung im Geiste wahrer Gerechtigkeit. Man sieht sich vor die Wahl gestellt: zwischen bedenklichen Verurteilungen in zahllosen Fällen, weil der starre Satz der dem Leben fernstehenden Doktrin befolgt wird, dass Rechtskenntnis überall anzunehmen sei und Rechtsunkenntnis in der Strafrechtspflege nicht entschuldigen könne, auch eine Erkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit des fraglichen Thuns oder Lassens oder blossen Verhaltens im allgemeinen nicht Schuld voraussetzung sei, falls nicht ein einzelnes Strafgesetz dies annehmen lasse, und zwischen weniger bedenklichen Freisprechungen, weil in einzelnen Fällen der Beweis des Mangels dieser letzteren Erkenntnis erbracht oder der einer verschuldeten Unkenntnis der strafrechtlichen Ge- und Verbote nicht erbracht werden konnte. Diese Wahl lässt sich nicht anders kennzeichnen, als die zwischen einer formellen und materiellen Gerechtigkeit; dort eine Schuldannahme aus einer formell aufgestellten Vermutung, welche eine Zwangsvermutung ist und vielen Fällen, in denen das Gegenteil als Wahrheit angezeigt erscheint, nicht ihr gebührendes Recht zuerkennt, hier eine Schuldverneinung aus einem konkret nachgewiesenen Mangel der notwendigsten inneren Voraussetzung einer Verschuldung nach der individuellen Beschaffenheit der That und des ihrer Verübung Beschuldigten — *sum cuique!* Dort *jus summum*, hier *aequitas*; dort allgemeines, hier individuelles Recht! Am Schluss ist noch einmal darauf, zukommen, welche Alternative im Rechtsstaat den Vorzug verdiene.

Endlich ist noch der Widerlegung zuzudenken, die Lucas

a. a. O. S. 72 meinem gelegentlich aus § 43 St.G.B.'s entnommenen Nebenbeweis zuteil werden zu lassen versucht hat. Als *petitio principii* bezeichnet er das, was andere einen Induktionsschluss nennen; aus der Sondervorschrift ist ein Schluss auf das notwendige Bestehen ihrer Voraussetzung in der behaupteten Gestalt gezogen worden, von der Folge auf den Grund. Hätte Lucas den von ihm herausgegriffenen Satz im systematischen Zusammenhang des § 4 der von ihm kritisierten Abhandlung genommen, so würde er bemerkt haben, dass es sich nach der Überschrift jenes Paragraphen um die Unterscheidung von »Vorsatz und Absicht im Strafrecht« handelte. Die Gegenüberstellung von »Entschluss« und »beabsichtigen« im § 43, welche von mir a. a. O. S. 447 bewirkt worden, ist daselbst nicht einmal andeutungsweise zum Beweise der Behauptung, dass Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur That im Strafgesetzbuch erfordert worden sei, verwendet worden, sondern lediglich zum Beweise für einen im Strafgesetzbuch gemachten Unterschied von »Vorsatz« und »Absicht«, indem gezeigt werden sollte, wie der Eingang des Paragraphen 43 von der Bethätigung des Entschlusses, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, handelt als der allgemeinen Schuldart, der gegenüber der Versuch begrenzt wurde mit: »wenn das beabsichtigte Verbrechen und Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist« u. s. w., woraus sich ergibt, dass die Absicht auf eine bestimmte Deliktsverübung dem Vorsatze oder »Entschluss« einen konkreten Inhalt zuführt als das in der Vorstellung des Thäters gewählte Mittel zu begehrten Zwecken, welche in diesem Korrelatverhältnis begriffsmässig rechtswidrig sind. Die Polemik Lucas's richtet sich jedoch mehr gegen das a. a. O. S. 426, hier zu wiederholende Gesagte: Die betr. Eingangsworte des § 43 deuten bestimmt darauf hin, dass in der Vorstellung des Bethätigenden die einen Anfang der Ausführung enthaltende Handlung sich zu dem »beabsichtigten Verbrechen oder Vergehen«, dessen Begriff der Gesetzgeber ohne die Absicht sich gar nicht als konstruirbar vorgestellt haben kann, verhalte wie das Mittel zum bewussten Zweck, und darauf auch, dass dieser Zweck ein rechtswidriger sei, so dass mithin jener »Entschluss« ohne das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Hand-

lung gar nicht denkbar ist: »Jener Entschluss des § 43 ist eben der Vorsatz, eine rechtswidrige Handlung, ungeachtet der Erkenntnis ihrer Rechtswidrigkeit (hier Verbrechen und Vergehen als die beiden Kategorien der strafbaren Handlungen, für welche nur ein Versuch statuiert werden soll) zu verüben; mithin kann der Gesetzgeber sich denselben ohne Vorhandensein des Bewusstseins des Bethätigten von der verbrecherischen Eigenschaft der beabsichtigten strafbaren Handlung gar nicht gedacht haben«. Nach Lucas läge in dem ersten wie in dem letzten Satz eine *petitio principii*, denn das Wesentliche in dem Vordersatze, dass der Vorsatz darin bestehe, eine rechtswidrige Handlung ungeachtet der Erkenntnis ihrer Rechtswidrigkeit zu begehen, sei ebenso das erst zu Beweisende wie das, ob zu einem Verbrechen oder Vergehen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Thäters gehöre; die Schlussfolgerung sei im Grunde folgende: »weil zum Vorsatze das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört, gehört dieses zum Vorsatz«. Die Unterstellung einer solchen Logik ist aber zurückzuweisen, weil das Herausnehmen einzelner Sätze aus dem ganzen Zusammenhang des vom »Vorsatz und Fahrlässigkeit« handelnden § 3 und dessen alleinige Kritik an sich schon stets bedenklich ist und hier ganz allein zum falschen Verständnis dessen, was gesagt werden sollte, geführt hat. Lucas meint, wenn statt der in dem § 43 herausgehobenen Worte: »wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist« gesetzt wäre: »einen Thatbestand zu verüben, welcher die Gesetze als Verbrechen oder Vergehen bezeichnen«, so würde auch in den Worten jeder Anhalt für meine Annahme gefehlt haben. Der Schluss (ein Sorites) lautet aber ausgeführt dahin: Die Schuld (subjektive Verschuldung) bei der strafbaren Handlung besteht in deren Ausführung ungeachtet der Erkenntnis ihrer Rechtswidrig- und Strafbarkeit -- zu der Ausführung gehört aber ein vorausgehender Entschluss, welcher ein Willensakt ist und zwar das Produkt eines Kampfes der Vorstellung des Erstrebten mit der Gegenvorstellung des Verbotes, in welchem die Strafbarkeitserkenntnis das nicht zu erreichen vermag, was sie soll, und deshalb unterliegt — der

Vorsatz ist nun ein solcher Entschluss ungeachtet der Vorstellung des Verbotenen und Strafbaren und mithin eine Schuldart — das Schuldhafte im Vorsatz (wofür oben schlechtweg »Vorsatz« gesetzt war) besteht mithin in der Entschlussfassung entgegen der Pflichtvorstellung, welche die Erkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit erzeugt. Kurz würde im Syllogismus die Schlussfolgerung also lauten: weil zur Schuld jenes Bewusstsein gehört, der Vorsatz aber eine Schuldart ist, so gehört jenes Bewusstsein auch zum Vorsatze. Der von Lucas substituierte Thatbestand, welchen Gesetze als »Verbrechen« oder »Vergehen« bezeichnen, ist im § 43 als ein vom Thäter erstrebter, in seiner Vorstellung zur Ausführung zu bringender mit »beabsichtigtes Verbrechen oder Vergehen« gekennzeichnet und damit eine bestimmte, einzelne strafbare Handlung als Gegenstand der Vorstellung gemeint. Diese Vorstellung ist wieder nicht möglich ohne das Bewusstsein davon, dass das bestimmte »Verbrechen oder Vergehen« eine strafbare Handlung sei. Streicht man diese Eigenschaft, so entfällt der Begriff, des »Verbrechens« oder »Vergehens« und es bleibt der Begriff »straflose Handlung« übrig, welche beabsichtigt und in den Entschluss aufgenommen und ausgeführt eben keine strafbare Handlung mehr ist. Sonach muss im § 43 vorausgesetzt worden sein, dass in den Entschluss die Verübung einer als »Verbrechen« oder »Vergehen« in ihrer rechtswidrigen bez. strafbaren Eigenschaft zwar erkannten, aber trotzdem erstrebten oder »beabsichtigten« Handlung durch das Wollen aufgenommen worden sei, und insoweit ist induktorisch aus § 43 ein Beweis zu entnehmen, dass in der Einzelsvorschrift über den Versuch ein Begriffsbestandteil des »Vorsatzes« als einer Schuldart vom Gesetzgeber mit zum Ausdruck gebracht worden sei — ein Rückschluss von der Folge auf den Grund.

V.

»Wollen und etwas wollen ist identisch. Was jemand entweder wirklich will oder wenigstens zu wollen glaubt, ist stets die Verwirklichung seiner Vorstellung von dem Resultate

seiner That. Daraus erklärt sich die bedeutende Rolle, die das Moment der Vorstellung in der Lehre vom Willen spielt¹⁾.« Hierbei wurde u. a. auch der Fehler gerügt, dass man, statt den schuldhaften Willen in Feindschaft zu den Gesetzen zustellen, sich begnügte, die Schuld in einem freundschaftlichen Verhältnisse des Willens zu einer Vorstellung von der durch die Norm untersagten, durch ihre Ausnahme gestatteten Handlung darzustellen; das wäre die Zuneigung der freien Selbstbestimmung zu dem trotz der vom Rechtswidrig- und Strafbarkeitsbewusstsein gebotenen Ablehnung Begehrten und zur Erreichung durch verbotene Handlungen Vorgestellten. »Erst wenn sich jemand von dem, was er will, ein Bild gemacht hat, kann das Bewusstsein Platz greifen, dass, was er will, verboten ist. Das auftretende Bewusstsein der Rechtswidrigkeit würde dann erst in Verbindung mit den übrigen Bestandteilen des bewussten Willens den Vorsatz zum Abschluss bringen²⁾.« Da der Vorsatz die von meisten hervortretende Schuldart, dagegen die Fahrlässigkeit in dem Strafrecht nur ausnahmsweise herangezogen ist, so hat man sich vorzugsweise mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Doluserfordernis beschäftigt. Jene »wahrhaft verhängnisvolle Verwechselung« des Schuldhaften im Willen, welche die Grundlage der im letzten Jahrzehnt (übrigens jetzt noch nach fast 20 Jahren) herrschenden Schuldlehre bilde, sucht Binding a. a. O. § 40 auf die Präsumtionen zurückzuführen, die nichts weiter als Sätze des Beweisrechts zum Beweisersatz seien, wo sonst etwas bewiesen werden müsse. Die Wechselwirkung des Schuldbeweisrechts und des Schuldrechts hat von Feuerbach bis heute sich erkennbar gemacht. Drei verschiedene Rechtsvermutungen wurden für die Schuld aufgestellt, welche indessen nacheinander Verengerungen erleiden mussten durch Aufklärungen der Wissenschaft. Die Annahme, dass äusserlich gesetzwidrige Thaten dem rechtswidrigen Vorsatze entsprängen, war die Anschauung eines krassen Pessimismus entgegen der

1) Binding a. a. O. II. § 40, wo die falschen Ausgangspunkte bei der Auffassung der Schuld klar gelegt werden.

2) Binding a. a. O. II. § 64.

Regel: *quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium!* Diese weitgehende *praesumptio doli* («Morddolch» von Stelzer genannt) stützt sich natürlich auf die Voraussetzung der Normkenntnis und die Vermutung der Zurechnungsfähigkeit und führte zu dem Extrem, dass nicht nur im weitesten Umfange dolose Verbrechen, sondern auch eine Anzahl kulposer und kasueller Verletzungen als vorsätzliche zur Bestrafung kommen¹⁾. Die fortschreitende Humanität hat über eine allgemeine *doli praesumptio* bereits den Stab gebrochen; indessen wurde der Umfang der Strafbarkeit doloser Verbrechen wesentlich dadurch aufrecht erhalten, dass statt des *Dolus* nur die Zurechnungsfähigkeit einschliesslich der Rechtskenntnis präsumiert und zugleich die Berufung auf Rechtsirrtum bei der That ausgeschlossen wurde (Feuerbach, Grolman, Tittmann, u. a. m., auch das k. sächs. St.G.B. von 1855/68 Art. 87). Nun erlitt aber auch die Vermutung des Vorhandenseins der Zurechnungsfähigkeit von der wissenschaftlichen Aufklärung einen Zusammenbruch und im Urteil des Reichsgerichts, I. Strafsen. vom 23/X. 1890 ist entschieden dieser Rechtsvermutung ein Ende gemacht, so dass sie nur als erfahrungsmässige Regelerrscheinung übrig bleibt, wo an deren Vorhandensein nur aus Gründen zu zweifeln ist, welchenfalls bei dem Zweifelbestande die Zurechnung ausgeschlossen wird: »Die Schuldfrage im Strafrechte setzt sich zusammen aus dem Vorhandensein der gesetzlichen Thatbestandsmerkmale der strafbaren Handlung und aus der Zurechnungsfähigkeit des Handelnden. Die letztere bildet die Voraussetzung jeder Schuld und muss daher wie jedes andere Thatbestandsmerkmal dem Angeklagten nachgewiesen werden. Dadurch, dass dieses Schuldmoment nicht in den Thatbestand des einzelnen Strafgesetzes aufgenommen ist, wird hieran nichts geändert, wie denn auch die Vorsätzlichkeit einer Handlung, wiewohl dieselbe in einer Reihe von Straftthaten als besonderes Merkmal nicht hervorgehoben ist,

1) Binding a. a. O. II. § 40, der sonst die Aufnahme des Strafbarkeitsbewusstseins (inkonsequenter Weise) in den Vorsatz reprobiert, meint aber doch, dass sie einer so ausserordentlich weitgehenden Rechtsvermuthung gegenüber durchaus unschädlich sei.

dennoch in jedem Falle geprüft werden muss, in welchem sie sich als eine Voraussetzung des bestimmten Delikts darstellt. Entstehen daher nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme begründete Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten, so hat der Richter zu prüfen, ob er gleichwohl noch die Ueberzeugung von der Erwiesenheit jenes Schuldmerkmals erlangt hat, oder ob er wegen des Nichterwiesenseins freisprechen muss. Zu gleichem Resultate gelangt man durch eine Vergleichung des § 2 und des § 51 St.G.B.'s. Der § 2 enthält die Bestimmung, dass eine Verurteilung nur erfolgen kann, wenn die Handlung gesetzlich unter Strafe gestellt ist. Der § 51 schreibt vor, dass eine strafbare Handlung beim Vorhandensein einer unfreien Willensbestimmung nicht vorliegt. Folglich gehört zu dem zu erweisenden Thatbestande jeder strafbaren Handlung, dass es an dem im § 51 gekennzeichneten Strafausschliessungsgrunde fehlt«. Das Reichsgericht verhehlt nicht, dass in der Theorie und Praxis man nur bei dem Nachweise der Unzurechnungsfähigkeit Strafflosigkeit eintreten lassen wolle (Oppenhoff, v. Tippelskirch, Herzog, Erkenntnis des württemb. Kassationshofes v. 22./XII. 1876 u. a. m.), indessen die §§ 51 ff. hätten nicht Beweislastregeln, noch Schuldvermutungen aufstellen wollen, wo gegenüber dem das gesamte Strafrecht beherrschenden Prinzip, dass die Schuld dem Angeklagten nachgewiesen werden müsse und dass das Strafrecht Thatbestandspräsumtionen nicht kenne, in den Strafgesetzen sich eine Ausnahme vorfinde, so sei dies im Gesetz unzweideutig hervorgehoben, wie beispielsweise in der ersten Richtung im § 361 Nr. 8 St.G.B.'s, in letzterer in den Steuer- und Zollgesetzen, in beiden Richtungen in § 136 bzw. § 137 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869, welche Ausnahmen jedoch eine analoge Anwendung ihrer Natur nach nicht zulassen. Die erwähnten §§ 51 ff. zählten nur bestimmte Strafausschliessungsgründe auf und bestimmten, dass, wenn solche vorlägen, Strafflosigkeit die Folge sei — das Nichtvorliegen müsse hiernach bewiesen werden. Auch könne die gegnerische Ansicht sich nicht besonders auf § 59 St.G.B.'s stützen; denn einerseits besage schon der Wortlaut, dass die Nichtkenntnis der dort aufgeführten Thatumstände,

nicht aber, dass schon das Nichtgelingen des Beweises der Kenntniss die Zurechnungsfähigkeit ausschliesse (Binding a. a. O. II. S. 613) andererseits habe zwar die Kommission der preussischen zweiten Kammer bei Abfassung des preussischen Strafgesetzbuches in den § 44 die »Unbekanntschaft« mit den dort bezeichneten Thatumständen hineingebracht, um den Beweis der Nichtkenntniss jener Umstände dem Thäter zuzuweisen (Goltdammer, Materialien I. S. 432. 380) und das Erfordernis der Nichtkenntniss sei auch in den § 59 St.G.B.'s übergegangen. Weiter nimmt das Urteil auf die oben von uns angeführten Motive Bezug, wonach »der Beweis gegen den Angeklagten, sofern nach Lage der Sache der erhobene Einwand überhaupt in Frage kommen kann, zu erbringen sei«, und schliesst die Folgerung aus § 266 Abs. 2 St.P.O., dass, um zur Freisprechung zu gelangen, der Strafausschliessungsgrund festgestellt werden müsste, damit aus, dass eine Beweislastregelung nicht in der Absicht dieser Vorschrift gelegen habe und auch nach § 298 St.P.O. bei jugendlichen Angeklagten der Besitz der erforderlichen Verstandesreife festgestellt werden müsse, denn würde bei §§ 51 ff. das Strafgesetzbuch sich mit der Beweislast habe befassen oder Vermutungen für die Zurechnungsfähigkeit habe aussprechen wollen, so würden in Anlehnung an § 56 a. a. O., welcher eine Freisprechung eines jugendlichen Angeklagten von dem Nichtbesitze der erforderlichen Einsicht abhängig gemacht habe, die Geschworenen befragt werden müssen, ob die Verstandesreife gefehlt habe, nicht ob sie vorhanden gewesen (Schmidt, die Präsumtionen im deutschen Reichsstrafrechte, S. 39, 43¹⁾). Dass aber das Straf-

1) Hier gibt das Reichsgericht gleichzeitig eine Entscheidung für die Stellung der in § 298 St.P.O. obligatorisch geordneten Nebenfrage, wenn die Hauptfrage bejaht worden ist. Ausserhalb dieser Ausnahmefälle soll nach den Entscheidungen vom 15/I. 1880, 28/VI. 1881, 28/I. 1881, 1/XII. 1884 eine Nebenfrage, ob Umstände vorliegen, welche eine Schuld des Angeklagten von vornherein ausgeschlossen haben, wie Mangel des freien Willens zur Zeit der That, Unwissenheit, Zwang, Notwehr, Notlage, nicht gestellt werden, sondern es soll eine Feststellung eines solchen Schuld ausschliessungsgrundes durch Verneinung der Hauptfrage erfolgen. Bei Stellung einer Nebenfrage würde, wenn beide, auch die Hauptfrage,

gesetzbuch bei den Bestimmungen in §§ 51 ff. die vorbezeichnete Absicht nicht gehabt, gehe auch daraus hervor, dass, abweichend von § 56, wonach anderenfalls schon bei zweifelhaftem Besitze der Verstandesreife Verurteilung erfolgen könnte und müsste, der § 57 den Besitz als Voraussetzung der Strafbarkeit hinstelle. Dieselbe Folgerung aber, die aus § 56 gezogen werden müsste, würde auch bei § 51 zutreffen, wenn nicht schon Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Thäters dessen Freisprechung sollten begründen dürfen; es würde dann ein Schuldig ausgesprochen werden müssen, ungeachtet der Richter sich keine feste Ueberzeugung von der Zurechnungsfähigkeit habe bilden können, ungeachtet also die Möglichkeit oder gar Wahrscheinlichkeit für die Ausschliessung der Willensfreiheit durch einen der in § 51 bezeichnenden Zustände ausgeschlossen gewesen. Derartige Konsequenzen seien mit dem Grundsatz, dass die Strafe nur den Schuldigen treffen solle, unvereinbar ¹⁾).

Nach diesem Beleg kehren wir zu der Binding'schen Ausführung zurück, worin gezeigt wird, dass sich ein Rest der beiden alten, scheinbar ganz beseitigten Präsumtionen doch noch erhalten habe in der Ausschliessung der Berufung auf Rechtsirrtum; denn schneide man diese Berufung auf die Thatsache, dass dem Beschuldigten die Norm nie zur Kenntnis gekommen sei, ab, so präsumiere man eine notwendige Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit; verwerfe man seinen Einwand, er habe seine Handlung im Augenblick der

die auf die Schuld lautet, bejaht würden, ein Widerspruch entstehen. S. Stenglein, Comment. zu § 293. Anm. 4. Indessen läuft auch hier wie in § 298 St.P.O. die Stellung einer Nebenfrage auf eine Entschuldigung der kausalen Verschuldung durch den Thäter hinaus, zu welcher die in der Hauptfrage enthaltene Schuldfrage abgeschwächt wird: äusserlich schuldig, aber entschuldigt, innerlich schuldfrei.

1) Es wird noch bezüglich der in § 53 St.G.B.'s erwähnten Notwehr als Strafausschliessungsgrund auf das Urtheil vom 13/XI. 1885 (Rechtsprechung, VII. S. 664) Bezug genommen, wonach im Hinblick auf § 266 Abs. 2 St.P.O. freizusprechen sei, wenn der Richter schon die Möglichkeit, dass die dem Angeklagten zur Last gelegte That durch Notwehr geboten gewesen sei, als vorhanden ansehe.

That aus Rechtsgründen nicht für verboten erachtet, so präsumiere man ein wesentliches Merkmal des Dolus. »Nun würde neben dieser Präsumtion eines Dolusteiles die gebieterisch geforderte Anerkennung der Zugehörigkeit des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zum Vorsatze selbst für die Ängstlichen ganz unbedenklich sein: es sollte also hinter jener Vermutung der richtige Dolusbegriff seinen Schutz finden. Allein weit gefehlt! Zwei Faktoren reizen dazu, nicht nur das Bewusstsein der Strafbarkeit, sondern auch das der Rechtswidrigkeit aus dem Vorsatzbegriffe zu stossen: der eine ist ein Fehler des Intellekts, der andere ein Fehler des Mutes; jener sieht in einer Schuld-Präsumtion einen Satz des materiellen Rechts und drängt dazu, die Schuldbegriffe mit diesem in Einklang zu setzen; dieser scheut sich einzugestehen, dass vielfach nur mittels des vehmwürdigen Fragmentes der verfehnten *praesumptio doli* die Bestrafung wegen angeblich dolosen Handelns herbeigeführt werden kann¹⁾.« Energischer kann eine Kritik nicht ausfallen und besser vermag man ihr einen Ausdruck nicht zu verleihen. Binding vermochte sich die herrschende Auffassung des Dolus nur durch jenen Hintergrund der *praesumptio doli* zu erklären und vermeinte (1876), auch dieser Hintergrund sei gefallen, denn der Satz: *error juris nocet* sei vom gemeinen deutschen Strafrecht gehöriger Weise beiseite geworfen worden, und wenn die Doktrin doch noch daran festhalte, so wäre dies Eigenmacht gegen das Gesetz. Leider haben aber diese klaren Darlegungen nicht die verdiente Anerkennung gefunden und wenn hier und da die unteren Instanzen auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung eines Rechtsirrtumes oder des Mangels der Strafbarkeitserkenntnis zurückkommen, so wird von dem Reichsgericht beharrlich kassiert und es bleibt bei der Herrschaft der Doktrin vor dem gemeinen Strafrecht, dessen richtige Erkennung sich diese Abhandlung zur Aufgabe gestellt hat. — Am Schluss soll hier weiter angeknüpft werden. — Es ist noch der Angriffe Erwähnung zu thun, welche Lucas a. a. O. S. 75 gegen Binding's Beweisführung für das Erfordernis des Rechts-

1) Binding bezieht sich hier auf Stenglein, Kommentar über das Bayer'sche St.G.B. I. S. 384. n. 1.

widrigkeitsbewusstseins als untrennbar vom Dolusbegriff auch im gemeinen Strafrecht, vorgebracht hat. Nach Binding a. a. O. II. § 39 ist Schuld nur die Negative des pflichtmässigen Willens¹⁾. Bei der Verantwortlichmachung des Delinquenten entsteht die Frage nächst der Strafbarkeit nach dem Strafmasse, für deren Beantwortung die grössere oder geringere Schuld den Sühnemasstab darbietet; während die Schuld zu den Deliktsmerkmalen gehört, erlangt aus deren Sonderung derselben in die beiden Arten, dolus und culpa, der Gesetzgeber und Richter die wichtigsten Strafbarkeitsmerkmale. Binding nimmt mit Recht nur zwei Arten der Schuld an: Die Normen enthalten gerade, weil sie als von den Delikten abhaltende Motive wirken wollen, ein Gebot der Anspannung der Denkkraft, auf dass der zum Handeln Schreitende die Widerrechtlichkeit derselben erkenne und seine Erkenntnis ihn an seine Pflicht mahne; zu dem Haupt-Verbote und -Gebote stehe nun alle Schuld gleichmässig in Opposition: der Handelnde, will stets, was das Gesetz nicht will — ein verschiedenes Wollen sei undenkbar und damit sei bewiesen, dass es keine verschiedene Arten der Verschuldung geben könne auf Grund verschiedener Gestaltung des Verhältnisses des schuldhaften Entschlusses zu dem Hauptverbot, welches derselbe übertreten will. Dagegen könne jemand etwas Widerrechtliches wollen, nachdem er dem Gebote, es als solches zu erkennen, genügt habe oder nicht, und hiernach eröffne sich die Möglichkeit, Arten der Schuld — und zwar nur zwei — aufzustellen, und da sich das Gebot auf Erkennen oder Wissen richte, bilde die Basis für die Schuldunterscheidung allein das den schuldhaften Willen begleitende Bewusstsein. »Es will jemand etwas Widerrechtliches, nachdem er es als solches erkannt, somit das Aufmerksamkeits-Gebot erfüllt hat; oder er will es, ohne sich seiner Widerrechtlichkeit bewusst gewesen zu sein«. Hierauf stützt Binding die Gegenüber-

1) Nach meiner Auffassung aber thatsächliche Verneinung oder Nichtbeachtung der Pflichtgebote für Denken und Wollen, der böse Vorsatz ein Willensfehler, die Fahrlässigkeit ein Denkfehler. Indessen kommt auf diese Differenz bei der fr. Polemik wenig an.

stellung von bewusstrechtswidrigem Willen als schwerere Schuldform und den unbewusst rechtswidrigen Willen als eine nicht nur durchschnittlich weit minderschwerere Schuldform, sondern auch als wesentlich andere Schuldart¹⁾. Hierauf fussend — auf der grössten Differenz, die innerhalb der Schuld denkbar erscheine, zwischen bewusster Auflehnung gegen das Recht und unbewusster Verletzung desselben — hatte Binding a. a. O. II. § 64 den negativen Beweis unternommen, dass, wenn die bewusste Opposition gegen die Norm nicht wesentlich zum Vorsatz gehörte, der Gesetzgeber nicht umhin gekonnt haben würde, in einer Reihe von Fällen wegen der Intensität des Dolus da, wo sich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit noch zum Vorsatz gesellte, die Strafe zu schärfen und als Qualifikationsgrund aufzuführen, was aber im deutschen Strafrecht nirgends zu finden sei, während sich inbezug auf Art und Höhe der Strafen eine zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Verbrechensbegehung finde, die ihre Erklärung nur

1) Hierbei findet sich Binding doch veranlasst, die Frage zu beseitigen, ob in einem Wollen des Unrechts in Vergessenheit der Pflicht, die zu verletzen man im Begriffe stehe, wirklich noch ein schuldhaftes Wollen jenes Unrechts gefunden werden könne? ob da nicht die Schuld nur in der mangelhaften Anspannung des Gedächtnis- und Denkvermögens liege, so dass alle kulposen Begehungs- und Unterlassungsverbrechen in dem einen grossen Ommissivdelikt der Denkfaulheit untergingen? Man könnte dieser letzteren Bemerkung entgegenhalten, dass ebenso alle vorsätzlichen Verbrechen in dem grossen Kommissivdelikte der Willensfrechheit begriffen wären. Wenn Binding an der oben angeführten Stelle sagt: dass wollen und etwas wollen identisch sei, so ist etwas nicht wollen auch ein Nichtwollen, und wenn er der Vorstellung auf das Wollen den bedeutendsten Einfluss zuschreibt, so ist nicht zu verstehen, wie er von einem Wollen des Unrechts reden kann, ohne die Vorstellung hiervon; der unbewusst rechtswidrige Wille ist kein auf ein Unrecht gerichteter, aber er kann ein rechtsbewusster inbezug auf die ein objektives Unrecht verursachende Handlung sein ohne alle Erkenntnis des widerrechtlichen Erfolges und seines kausalen Entstehens — nur mangels pflichtmässiger Erkenntnis des letzteren; hier liegt aber nicht im Wollen die Verschuldung, denn dieses steht nur in Beziehung zu der bewusst erlaubten Handlung ohne Einwirkung der Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolge oder von der Rechtswidrigkeit der verursachenden Handlung selbst.

in der Differenz innerhalb der Verschuldung finden könne, worauf auch nur das Verhältnis der Nebenstrafen zu den Hauptstrafen vorsätzlicher und fahrlässiger Verbrechen zurückzuführen sei; nehme man dem Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, so falle jede Scheidewand zwischen den beiden Schuldarten; wer mit vollem Bewusstsein die Gesetze missachtet habe, der sei unter gewissen Voraussetzungen der bürgerlichen Ehrenrechte unwürdig, dessen polizeiliche Beaufsichtigung könne notwendig erscheinen u. s. w. Lucas will dieser Argumentation nur den Schein der Wahrheit beimessen, weil der Gesetzgeber, wenn er die ausserhalb des Dolusbegriffes liegende Willensqualifikation als erschwerenden Umstand hervorgehoben hätte, Abstufungen des Dolus geschaffen haben würde, was er als ungeeignet (nämlich nach den Materialien zum preussischen St.G.B. I. S. 225 ff.) von der Hand gewiesen habe und zwar bezüglich beider Schuldarten. Gab Lucas einmal zu, dass der verbrecherische Wille in den schärfsten Gegensatz zum Rechte trete, wenn er mit dem Bewusstsein der Verletzung desselben verbunden sei, so gab er nichts weiter zu, als dass in diesem letzteren die Vorbedingung lag, jenen Willen einen »verbrecherischen« zu nennen, und dass eben, weil das Gesetz neben seinem regulären Begriff, nicht noch eine Art des Dolus mit Rechtswidrigkeitsbewusstsein hervorgehoben hatte, was ihm ja auf die gedachte Weise möglich gewesen wäre, da er ja an die Materialien für das frühere preussische Gesetzbuch gar nicht gebunden war, in jenem Gesetzesbegriff des Dolus im deutschen Strafgesetzbuch alle Doluserscheinungen mitinbegriffen sein mussten, so dass auch die schwersten Willensverschuldungen, welche dem Rechtswidrigkeitsbewusstsein am nächsten in der prinzipiellen Rechtsverletzung (Köstlin) gerückt waren bei einer potenzierten mala fides, noch von der regulären Strafbarkeitsgrenze mitumfasst wurden. Gerade der Umstand, dass in denjenigen Strafgesetzen, wo sich die Rechtswidrigkeit besonders hervorgehoben findet als sachlich-praktisches Unterscheidungsmerkmal für die Beurteilung des Vorsatzes, kein Unterschied mit einer Erhöhung der Strafbarkeit gemacht zu finden ist, mag darauf deuten, dass sich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht ausserhalb, sondern

innerhalb des strafrechtlichen Vorsatzes oder der vorsätzlichen strafbaren Handlung befindet — auch nach Auffassung des Gesetzgebers.

Wenn aber Lucas die grossen Unterschiede zwischen den Strafdrohungen für fahrlässig und vorsätzlich verübte Straftaten überhaupt nur aus der »Schwere der Verschuldung« bei beiden Kategorieen, auch ohne dass es auf das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ankomme, erklären will, z. B. bei der Tötung, dem Meineid, der Brandstiftung, und dazu bemerkt, dass gerade diejenigen Thatbestände, welche beide Schuldarten zulassen, solche seien, bei denen die dolose Begehung nicht wohl ohne das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit geschehen könne, so giebt er damit zu, dass das letztere auch da, wo das Gesetz es nicht erwähnt, Bestandteil des Dolus ist und zwar als Begriffsmerkmal, und im übrigen, dass eine »Schwere der Verschuldung« ohne das Rechtswidrigkeitsbewusstsein bestehe, welche jenen grossen Unterschied zwischen den Strafdrohungen der beiden Arten der Verbrechensbegehung begründe, ohne aber weiter ahnen zu lassen, ob er die objektive Schwere der Straftat darunter verstehe oder den Unterschied von Wollen des Rechtsbruches oder unbeachteter Herbeiführung einer Rechtsgüterverletzung; jedenfalls wird der »Schwere der Verschuldung« ihr Hauptgewicht entzogen, wenn man ihr das Rechtswidrigkeitsbewusstsein abstreicht — das primäre Element, dessen Verneinung das Gegenteil aller Schuld ist.

Selbst gegen den klarsten direkten Beweis Bindings a. a. O. II. § 64, dass da, wo unsere Rechtsquellen den genaueren Einblick in die Bewusstseins-Seite des Vorsatzes gewähren, dieses Bewusstsein die Rechtswidrigkeit der Handlung mitumfasse, versucht Lucas ihn des Irrtums in diesem Satze wie in der Auslegung der angeführten Beispiele zu zeihen. Bezüglich der von Binding angezogenen Stellen, worin neben der Vorsätzlichkeit auch der Widerrechtlichkeit der Handlung besonders gedacht ist, behauptet Lucas, dass dieses Moment zunächst nur im objektiven Sinne aufgefasst worden sei und dass es Bestandteil des Vorsatzes nur unter gewissen Voraussetzungen sein könne; einen Gegenbeweis gegen die Binding'sche Ansicht findet Lucas darin, dass der Gesetz-

geber, auch wenn man sich hinsichtlich der Thatbestände mit ausdrücklich ausgesprochener Widerrechtlichkeit auf Bindings Standpunkt stelle, überhaupt in einzelnen Fällen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ausdrücklich verlangt habe, was nicht nur überflüssig, sondern geradezu verwirrend wäre, wenn dieses Bewusstsein ein allgemeines Erfordernis aller Strafbarkeit bildete.

Dieser Einwand wird sich durch dasjenige erledigen, was oben über die wahre Bedeutung jener Hervorhebung der Handlungsattribute: »widerrechtlich, rechtswidrig, unbefugt, unberechtigt, pflichtwidrig, wissentlich« u. a. m. neben dem Vorsatz ausführlicher erörtert worden ist. Wenn aber Lucas die Wahl der von Binding beigezogenen Beispiele eine unglückliche nennt, so möchten seine Einwendungen dagegen der Tendenz jener Beispielswahl nicht gewachsen sein¹⁾.

Binding erwähnt diese Beispiele, nicht um daran zu zeigen, wie im Vorsatz überall das Rechtswidrigkeitsbewusstsein hervortrete, sondern um »Einblicke« in die von einzelnen Gesetzen hervorgehobene Bewusstseins-Seite darzulegen: so bei Anführung des § 15 des Markenschutzgesetzes v. 30. November 1874, wo die wissentlich widerrechtliche Bezeichnung und das wissentliche Inverkehrbringen widerrechtlich bezeichneter Waren mit Strafe bedroht wird; die Widerrechtlichkeit der Warenbezeichnung besteht in der Verletzung der Ausschliesslichkeit einer Marke, welche das Gesetz schützt gegen unbefugte Nachbildung, und schon das Bewusstsein, es könne das fragliche Warenzeichen unter einem solchen Schutz stehen, markiert das Gesetz als das Wesen des Vorsatzes, so dass der Wille, dem entgegen zu handeln, um so weniger in Betracht kommt, als eine fahrlässige Begehung ganz ausgeschlossen ist. Es handelte sich auch hier um eine Betonung des Wissens von der Widerrechtlichkeit der Warenbezeichnung als charakteristischen Merkmals des Vorsatzes gerade bei diesem Vergehen²⁾. Nicht anders verhält es sich mit dem Unternehmen

1) In Beispielen kann man sich wegen des Zutreffens leicht vergreifen, da die Vergleichung zuweilen hinken kann, d. h. nicht überall zutrifft.

2) Die Wissenschaft macht, wie im römischen Recht, dem Handelnden die bona fides unmöglich und der Gesetzgeber sucht bei der Feststellung

gegen ein Verbot in § 134 des Vereins-Zollgesetzes v. 1. Juli 1869, wo die Worte: »dem Verbote zuwider« überflüssig wären, nachdem schon vorher der Ausdruck »verboten« der »Ein-Aus- oder Durchfuhr« beigelegt war, denn darin konnte nur ein vorsätzliches Handeln, trotz des Verbotes und seiner Kenntnis, gemeint sein, weil sonst ein fahrlässiges Unternehmen nicht denkbar ist und ein objektives Bestehen des Verbotes in keiner Beziehung zum Unternehmen stehen kann, wenn nicht das Bewusstsein davon gemeint wäre. Dass ein Dolus überhaupt

des Begriffsbildes einer strafbaren Handlung auch den seiner Erfahrung nach nahegelegenen Einwänden der Verteidigung zu begegnen, andererseits auch, um dies bezüglich der Frage nach der culpa zu thun, wie in §§ 131, 141, 148 ff., 164, 171 u. a. m.; in ersterer Beziehung besonders dient jene Betonung des Wissens zur Beseitigung des Einwandes, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit habe gefehlt. Ist das vom einzelnen Strafgesetz betonte Wissen nicht vorhanden oder auch schon nicht erweisbar, so ist die dolose Verübung nicht anzunehmen und es tritt dann nur die Frage auf, ob eine fahrlässige Begehung nach dem Gesetze noch möglich ist und anzunehmen war. Wem z. B. im Falle des § 92 Ziff. 1 im Leugnungs-falle das Wissen von der Erfordernis der Geheimhaltung von Urkunden nicht bewiesen werden kann (R.G. I. Strafsen. im Urt. von 4./I. 1882), der kann auch nicht »vorsätzlich« jenes Verbot der Veröffentlichung übertreten; aber dass in dem Nichtwissen oder Nichtbeachten eine Schuld liege, hat das Gesetz hier nicht angenommen und sonach ist die Begehung jenes Vergehens aus Fahrlässigkeit nicht strafbar. Die Strafbarkeitserkenntnis ist hier specialisiert in der Erkenntnis der Bedeutung jener Urkunden und Aktenstücke für das gemeine Wohl, welche die Pflicht der Geheimhaltung motiviert, während rücksichtlich der Staatsgeheimnisse und Festungspläne jedermann schon wissen muss, dass sie nicht verraten werden dürfen; daher genügt inbezug hierauf die blosse Erwähnung der Vorsätzlichkeit. Ähnlich verhält es sich mit dem Wissen in §§ 124, 259, 302 Abs. 2, §§ 324, 344, 352, 353—355, 357. Als ein zum Beweis des Vorsatzes erforderliches Thatbestandsmoment erscheint das Wissen in §§ 48, 49, 153, 154, 156, 159, 273, 275, 276, 327, 328 und das vorsätzliche Handeln als solches »wider besseres Wissen« in §§ 164, 187, 189, 278, ähnlich in §§ 131, 144, 171 St.G.B's. Niemals jedoch — und das ist allen Kategorieen der also markierten vorsätzlichen Handlungen gemeinschaftlich — liegt das Wissen ausserhalb des Dolus, sondern charakterisiert das hier gerade hervortretende Pflichtgebot durch Betonung des Wissens, welches den Willen von der Ausführung der erstrebten Handlung — meist als Mittel zu vorgestellten Zwecken — abhalten soll.

hier nicht für erforderlich vom Gesetze gemeint gewesen sei, erscheint hiernach ausgeschlossen. Inbetreff der übrigen Beispiele aus der Klasse der Amtsverbrechen in §§ 344, 345, 346, 352, 353 St.G.B.'s u. s. w. muss Lucas selbst zugeben, dass in diesen Fällen das Charakteristische des Vorsatzes in dem Wissen von der mangelnden Befugnis (allerdings richtiger schon im Zweifel daran) bestehe, indessen sucht er dies aus der Eigentümlichkeit gerade dieser Thatbestände zu erklären, die keinen Rückschluss auf das Allgemeine gestatteten. Ganz unbeachtet hat Lucas die von Binding a. a. O. S. 497 angeführte Thatsache gelassen, dass die Verbindung von »vorsätzlich« und »rechtswidrig« in allen Gesetzesparagraphen, welche vorsätzlichen Verbrechen gelten, stehen könnte, wo sie fehle, aber auch fehlen könnte, wo sie stehe, da alle Verbrechen rechtswidrig seien, weshalb kein einziger Grund zu ersehen sei, den Vorsatz in den Gesetzen, welche die Rechtswidrigkeit neben dem Vorsatz noch besonders betonen, anders aufzufassen, als in den Gesetzen, wo dies nicht geschehen. Zu demselben Resultat ist Binding aber auch gekommen bezüglich der Gesetze, welche die Wissentlichkeit als Requisit der strafbaren Handlungen hervorgehoben haben; es genügt auf die von ihm angeführten Stellen zu verweisen, worin die Wissenschaft verschiedenen Orts sich auf die Rechtswidrigkeit ausdrücklich mitbeziehe, aber auch da, wo sie scheinbar nur für einzelne Teile des Thatbestandes verlangt werde, seien diese meistens so markante Merkmale, dass derjenige, der um sie wisse, in der erdrückenden Mehrzahl von Fällen gar nicht umhin könne, auch um die Rechtswidrigkeit der ganzen Handlung zu wissen. Gegenüber diesem Induktionsschluss hat Lucas keine andere Bemerkung, als dass die Folgerung eine »logisch vitiose aus einem Teile auf das Ganze« sei; wenn ein erheblicher Teil der strafbaren Handlungen meist nur mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit begangen werden könne, folge nicht, dass letztere thatbestandliche Voraussetzung für alle Straftaten sei. Bekanntlich vermag die Induktion als Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine, vom Teil auf das Ganze, nur problematische Urteile und Wahrscheinlichkeit zu liefern, während bei dem Syllogismus die Folgerung notwendiges Er-

gebnis ist; indessen haben wir es in dem obigen Schluss doch mit mehr als blossen Stichproben zu thun, wohl fast mit einer s. g. vollständigen Induktion, indem aus dem Attribute einer Reihe von Arten einer Gattung von strafbaren Handlungen gefolgert wird, dass dieses auch gleichen Arten und schliesslich allen derselben Gattung zustehe, sodass es in den Gattungsbegriff als Merkmal aufgenommen werden könne. Diesen Wahrscheinlichkeitsschluss darf man zu den übrigen Schlüssen getrost hinzufügen und endlich das Binding'sche Facit ziehen: »Das gemeine deutsche Strafrecht kennt weder bei Verbrechen, noch bei Vergehen, noch bei Übertretungen einen Vorsatz ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit¹⁾.«

VI.

Es wurde oben nachzuweisen versucht, dass ausser dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, besonders das der Strafbarkeit dasjenige Motiv bei der psychologischen Verbrechensentwicklung ist, welches den verbrecherischen Willen von der Aufnahme der Reize zum Verbrechen abhalten wird und soll. In der menschlichen Natur begründet liegt die Abneigung gegen das Übel, welches in der Strafe empfunden wird. Die Erkenntnis von dem Verbotensein einer Handlung allein vermag nach menschlicher Erfahrung noch überall nicht den Willen von der Übertretung des Verbotes abzuhalten, sondern erst die hinzutretende Vorstellung von der Folge einer Verbotsübertretung, als einem empfindlichen Übel wirkt abhaltend von der Begehung »strafbarer Handlungen«. Das bezweckt die Strafdrohung wie der Strafvollzug — Erhaltung der Rechtsordnung durch Abhaltung von ihrer Verletzung mittels psychischen Zwanges und sofern dies im Einzelfall nicht erreicht war, Vergeltung des Gesetzesungehorsams an dem Übelthäter (Sühne des Unrechts) als dem Schuldigen und Strafwürdigen nach Massgabe der Strafgesetze — aber auch nur an diesem, wenn nicht die Vergeltung eine ungerechte sein soll, selbst wieder ein Unrecht! Die Theorie des psychischen

1) Vergl. auch R.G. II. Strafsen. im Urt. vom 30/I. 1891 (Entsch. XXI Nr. 110), wo das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als ein bei allen vorsätzlichen Delikten stillschweigend vorausgesetztes Erfordernis bezeichnet wird. Möchten die Strafsenate III u. IV dies doch auch annehmen!

Zwanges liegt so tief in der menschlichen Psyche begründet, dass sie sich nicht wegstreiten lässt. Auf diesem Standpunkt standen auch die Motive zum deutschen Strafgesetzbuch in § 56, welche Erkenntnis der Strafbarkeit der konkret begangenen Handlung und der sie als eine strafbare charakterisierenden Merkmale zur Zurechnung voraussetzten. Deutlich fügten sie hinzu, die zweifache Erkenntnis müsse der Thäter zu erlangen imstande gewesen sein: einmal, dass seine Pflicht die Unterlassung jener speziellen Handlung fordere, und dann, dass er durch Begehung der letzteren sich einer Kriminalstrafe aussetze. Das von dem Bewusstsein der Strafbarkeit unterstützte Pflichtbewusstsein soll den Entschluss als Willensprodukt von der Verbrechensausführung abhalten; es ist beides zusammen das Bewusstsein der Deliktseigenschaft einer Handlung bez. eines Verhaltens, in welchem empirisch das erstere das eigentlich wirksame ist und das massgebende für das Strafrechtsgebiet. Die von Binding gemachte Unterscheidung von Delikts- und Strafbarkeitsmerkmal beruht auf seiner Unterscheidung von Delikt und Verbrechen, Verbotensein und bei Strafe Verbotensein, Normwidrig- und Strafbarkeit. Man wird auf Grund der Motive zum Strafgesetzbuch dahin gelangen, dass in den Deliktsmerkmalen die wesentlichen Strafbarkeitsmerkmale, welche eine Strafbegründung (auch bezüglich der Erhöhung oder Minderung) enthalten, mit begriffen sind, welche zum Thatbestand eines Verbrechens gehören oder ausserhalb desselben liegend auf die Strafbegrenzung von Einfluss sind. Konsequenter Weise darf auch die Nichterkenntnis der Strafbarkeitsmerkmale und ihrer strafrechtlichen Bedeutung nicht zugerechnet werden, da sich nie hinterher bestimmen lässt, ob nicht die Erkenntnis ihrer Bedeutung bei der psychischen Entwicklung der ausgeführten strafbaren Handlung auf den Entschluss zur Ausführung oder gar für die Unterlassung der Handlung von Einfluss gewesen sein könnte. Nichtbewusstes darf nicht zugerechnet werden! Man kann daher dem Binding'schen Satz a. a. O. § 65 wohl beitreten, dass der Vorsatz, der nach gemeinem Recht zu den strafbaren Handlungen verlangt werde, sich in Wissen und Wollen aller Deliktsmerkmale der Handlung erschöpfe, dass es aber auch Strafbarkeitsmerkmale giebt,

welche ausserhalb des Vorsatzes, den aber begrifflich das einzelne Delikt spezialisiert und begrenzt, liegen. Es ist daher Aufgabe der Doktrin, die zum gesetzlichen Verbrechensthatbestand gehörigen, wesentlichen Strafbarkeitsmerkmale, welche sich in den Deliktsmerkmalen erkennbar machen, von den leicht in den Vorsatz mit hinein zu bringenden, jedoch ausserhalb des Begriffes liegenden Strafbarkeitsmerkmalen zu trennen, die sich im Strafgesetz vorfinden. Kenntniss derselben auf Seiten des Thäters bedingt ihre Zurechnung, soweit er dazu imstande und verpflichtet war. Insofern ist also eine Unterscheidung von Delikts- und Strafbarkeitsmerkmalen im Binding'schen Sinne für die Praxis von Wert und insofern ist auch eine Identität von Delikt- und Verbrechensovorsatz anzunehmen. Zu ungerechtfertigten Freisprechungen würde man nur dann kommen, wenn man für die Schuld mehr Strafbarkeitsmerkmale zu den Deliktsbegriffen erforderte, als der Thatbestand enthält, und bei dem Fehlen eines solchen letzteren als nicht erfüllt betrachtet, oder umgekehrt, wenn man im Begriff zu wenig erkennt und daher wirklich darunter fallende Merkmale nicht in Erwägung zieht. Der Massstab für die individuelle Beurteilung bleibt daher immer die Vergleichung der Auffassung des Thäters von der Zugehörigkeit eines Strafbarkeitsmerkmals mit der Norm, wie solche im allgemeinen erkannt zu sein pflegt, und mit der konkreten Möglichkeit und Pflicht zur Norm- und Strafbarkeitserkenntnis. Der Irrtum über ein wesentliches, zum Delikt gehöriges Strafbarkeitsmerkmal schliesst die Vorsätzlichkeit aus und die fr. Handlung fällt in den Bereich der fahrlässigen Handlungen, welche nur insoweit Delikte im strafrechtlichen Sinne sind, als sie mit Strafe bedroht sind. Der Rechtsirrtum hierüber muss aber ebenso vor der Zurechnung schützen, vorausgesetzt wie beim vorsätzlichen Delikt dass er selbst vermieden werden nicht konnte und nicht musste. Die Verneinung dieses Satzes folgt nur aus der Präsumtion der Kenntniss der Strafgesetze, ihres Vorhandenseins und ihrer Tragweite. Dass der Rechtsirrtum zu berücksichtigen sei und jedenfalls den guten Glauben des Thäters für die Thatbegehung begründe und die Fahrlässigkeit ausschliessen könne, ergibt sich beispielsweise aus den Worten des § 18 des Reichsgesetzes

vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken¹⁾. Das Gebiet der fahrlässigen Handlungen ist gerade dasjenige, auf welchem der Einwand der Nichterkenntnis der Widerrechtlich- und Strafbarkeit am meisten vorkommt und auch Berücksichtigung verdient, weil hier die Ursache der Verfehlung mehr in einer Wissens- oder Denk-, (Erkenntnis-, Beurteilungs-, Überlegungs-) als in einer Willensschwäche beruht und weniger von der Vernunft und Freiheit der Selbstbestimmung zur Pflichterfüllung als von der Verstandesentwicklung und natürlichen Temperamentsanlage abhängig ist, wobei die Schuld oftmals mehr an die ausserhalb der Zurechnung gelegenen Mitwirkungen von Zufall oder äusseren Kausalitäten grenzt, deren Berechnung nur innerhalb der Individualität möglich und zu verlangen oder billig-gerecht zu bewirken ist. Die natürliche und durch Einwirkungen bedingte Veranlagung bedingt auch hier mehr das Erkennen der Strafbarkeit als bei den vorsätzlichen Begehungen, wo das Denken selbstverständlich mehr in Anspruch genommen wird durch den Kampf, in welchem es mit dem Begehren sich nach verschiedenen Richtungen hin bewegen muss, besonders in den Vernunft- und Verstandesvorstellungen durch das Wollen hindurch. Der Irrtum in der Kausalität, im Zusammenhang von der verursachenden Handlung mit deren rechtswidrigem Erfolg, welcher das Strafbarkeitsmerkmal für jene bildet, wird nur dann entschuldigt, wenn er selbst nicht fahrlässiger Weise entstanden ist. Das ist der Sinn des § 59 Abs. 2 St.G.B.s: nur insoweit sind Umstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande einer strafbaren Handlung gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, nicht zuzurechnen, wenn jemand bei fahrlässiger Begehung einer strafbaren Handlung ihr Vorhandensein nicht kannte und diese »Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist²⁾.«

1) Binding a. a. O. II § 64 in Anm. 719 fügt hier unter Bezugnahme auf das Urteil des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 25/I. 1875 bei, es läge kein Grund vor, hier den Rechtsirrtum irgendwie anders zu behandeln, als sonstwo.

2) Daraus folgt, dass da, wo nur die vorsätzliche Begehung eines Delikts als strafbar im Strafgesetz gedacht ist, wie in § 176 Ziff. 3 und in § 182 St.G.B.'s, wenn die Kenntnis aus Fahrlässigkeit nicht verschafft wurde, nicht bestraft werden konnte; auf die besondere Kenntnis des

Die Auslegung dieser Bestimmung ist von grösster Wichtigkeit für die ganze Schuldzurechnung. Neben die gesetzlichen Thatbestandsmerkmale in Abs. 1 des § 59 sind als gleichwertig bezüglich der Kenntnis oder Nichtkenntnis die Merkmale der Strafbarkeitserhöhung gestellt, welche neben dem Vorsatz bestehen, da dieser doch wohl zum gesetzlichen Thatbestand mit gehört, also »Thatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen«. Das setzt voraus, dass Thatumstände, welche überhaupt die Strafbarkeit begründen oder Straffolgen nach sich ziehen, auch für die Zurechnung als gekannt erfordert werden. Dasselbe soll bei der »Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen« gelten, was nicht anderes heissen kann, als bei der Prüfung der Strafbarkeit, oder noch korrekter, bei der Schuldbeurteilung, d. i. Zurechnung, von der ja auch in Abs. 1 geredet wird; aber aus Abs. 2 geht hervor, dass Abs. 1 nur von der vorsätzlichen Begehung einer strafbaren Handlung redet und zwar ohne auf die Ursache der Nichtkenntnis ein-

dort angegebenen Alters würde aber nichts ankommen, wenn man das allgemeine Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der fraglichen Handlungen gegen jugendliche Personen als vorhanden annehmen müsste, welchenfalls vorsätzliche Begehung zu folgern wäre. In § 59 Abs. 2 muss wohl eine allgemeine Pflicht zur Erkenntnis der Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges angenommen worden sein, obschon in dem Urteil des R.G.'s I. Strafsen. vom 12/IV. 1880 ein Bewusstsein der Möglichkeit des Erfolges nicht als Erfordernis erachtet worden ist, während im Urteil desselben Strafsenates vom 2/XII. 1880 als zum Thatbestand fahrlässiger Tötung erforderlich hervorgehoben wurde, dass der Thäter durch Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt und Vorsicht den eingetretenen Erfolg als mögliche Folge seiner Handlung hätte vorhersehen können; vergl. R.G. III. Strafsen. im Urteil vom 29/III. 1882. Es wird also in der »gewöhnlichen Sorgfalt« vorausgesetzt, dass bei regulär geistig Gesunden die natürliche Achtsamkeit im Denken (Erkennen) vorhanden sei mit dem Bewusstsein des Dürfens, Sollens und ihres Gegenteiles. Eine gesetzliche Vermutung für fahrlässig verschuldete Unkenntnis findet sich als Ausnahme im Reichsgesetz vom 21. Mai 1878 § 3. Jedenfalls liegt der Massstab für die »gewöhnliche Sorgfalt« in der allgemeineren Anschauung über die Ausdehnung der erwähnten Pflichtmässigkeit, ebenso wie bei Beurteilung derjenigen engeren, welche ein einzelnes Strafgesetz, wie z. B. § 230 St.G.B.'s bei einzelnen Personenklassen, besonders fordert, der Massstab für die normgemässe Sorgfalt den Anschauungen dieser Klassen zu entnehmen ist, was meist ein Sachverständigen-Gutachten erfordert.

zugehen, so dass man daraus schliessen möchte, es komme auf eine Verschuldung oder Nichtverschuldung der Unkenntnis nicht an, was ja auch vielfach angenommen wird, sodass auch eine verschuldete, absichtliche wie unabsichtliche, Ignorierung oder Unkenntnis entschuldige oder überhaupt nicht gekannte Thatumstände nicht zuzurechnen seien. Diese Annahme führt allerdings um die Schwierigkeit herum, welche bei der Hineintragung einer Unterscheidung von verschuldeter und nichtverschuldeter Unkenntnis in den Abs. 1 dadurch entstehen könnte, dass die verschuldete Unkenntnis auf gleicher Stufe mit der Kenntnis stehen würde, so dass etwa eine Fiktion dahin stattfände, der Gesetzgeber habe den gekannten Thatumständen auch die verschuldet nicht gekannten gleichgestellt, was dann in der Ausdehnung auf Rechtswidrigkeits- und Strafbarkeitserkenntnis dahin lauten würde: verschuldete Nichterkenntnis ist gleich der vollen Erkenntnis, oder derjenige, welcher sich zwar auf Nichterkenntnis beruft, dem sie aber als verschuldete nachgewiesen wird, ist ebenso zu betrachten, wie der, welcher die Erkenntnis hatte. Das ist aber keine Präsumtion der Erkenntnis auf seiten des sich auf Nichterkenntnis Berufenden, auch keine Fiktion seiner Erkenntnis, sondern es ist eine Gleichstellung in der Strafbarkeit: Erkenntnis ist gleich verschuldeter Nichterkenntnis oder umgekehrt. Es liegt sonach darin eine Modifikation des Satzes, dass Nichtgekanntes nicht zuzurechnen sei, nämlich: Schuldlos Nichtgekanntes soll nicht zugerechnet werden.

Es entsteht die Frage, ob diese Modifikation sich aus § 59 St.G.B.'s heraus erklären lasse? Die Schlussbestimmung ist eine nur scheinbar beschränkende; sie geht von der Verschuldung der Unkenntnis aus und begrenzt diese durch die Beifügung, dass »die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet« sei¹⁾. Damit schliesst der Abs. 2

1) Bei dem unverschuldeten Notstand in § 54 St.G.B.'s ist eine Begrenzung nicht angegeben und das richterliche Ermessen ganz frei. Die Beurteilung des rechtswidrigen Angriffs und die Erforderlichkeit der Abwehrhandlung bei der Notwehr in § 54 giebt häufig Veranlassung zu Rechtsirrtum. Der individuellen Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse und der persönlichen Eigenschaften des in der Notwehr Exzedierenden ist hier besonders zu gedenken, und der Massstab der Anschauungen des Volkes über die Grenzen der erlaubten Verteidigung

den mehrfach zu hörenden Prozesseinwand aus, dass die fr. Fahrlässigkeit der Handlung durch nichtgekannte Thatumstände (Kausalzusammenhang) bedingt sei und Nichtgekanntes nicht zugerechnet werden dürfe, mit der Erwiderung: die Unkenntnis davon war selbst schon eine fahrlässig verschuldete und kann deshalb, weil sie fahrlässig verschuldet war, die Fahrlässigkeit der ganzen Handlung mit ihrem Erfolge nicht entschuldigen. Hiernach liegt das Schuldmoment hier handgreiflich schon in der verschuldeten Unkenntnis, in der Nichterfüllung der Pflicht zum Erkennen, welche vom Strafgesetz vorausgesetzt wird und deren Vernachlässigung hier das allgemeine Strafbarkeitsmerkmal ist. Würde sich der Beschuldigte die Mühe gegeben haben, würde das Mass von Denkkraft, welches bei jedem normalen Menschen als vorhanden nach menschlicher Erfahrung angenommen werden kann und muss, von ihm aufgewendet worden sein, so würde er sich einer Unkenntnis der gedachten Art nicht schuldig gemacht und folgerweise die Erkenntnis gehabt haben, dass ein Zusammenfügen der fr. Thatumstände in seiner Handlung zu einem rechtswidrigen Erfolge führen konnte und dass seine Handlung eine deshalb strafbare werden möchte. Diese Erkenntnis musste ihn von der Vornahme der verursachenden Handlung abhalten und darin liegt das weitere Pflichtgebot, hinter welches in der Regel nicht zurückgegangen zu werden braucht, wenn nicht jener Einwand oder Zweifel der unverschuldeten Unkenntnis berücksichtigt werden muss. Aus der Hervorhebung der fahrlässig verschuldeten Unkenntnis als Schuldgrund,

muss hier besonders angelegt werden, damit das Juristenrecht sich nicht zu weit vom Volksrecht entferne. Hält man freilich solches für überflüssig aus formaler Auffassung, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zu berücksichtigen sei, so wird auch einer, der in vermeintlicher Notwehrlage eine Körperverletzung begeht, da die That widerrechtlich und ihr Erfolg vorauszusehen war, wegen vorsätzlicher anstatt fahrlässiger Begehung oder anstatt ganz freigesprochen zu werden, verurtheilt werden — trotz des glaubhaftesten Bewusstseins seiner Befugnis. Nicht anders ist es bei der unrichtigen Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Angriffes, welche zur irrtümlichen Annahme des Abwehrrechts und zum Exzess verleitet. — Vergl. die interessanten Präjudizien verschiedener Gerichte bei Binding a. a. O. II. Anm. zu § 64. R.G. II. Strafsen. im Urt. vom 2/XII. 1890.

welche sich als ein Umkehrsatz der Schlussbestimmung in Abs. 2 des § 59 ergibt, muss man annehmen, dass überhaupt in Abs. 1 das. auch nur an unverschuldete Unkenntnis gedacht worden sein konnte, da eine verschuldete Unkenntnis in der Regel zwar die Vorsätzlichkeit ausschliesst, aber eine fahrlässige Begehung ergeben wird wenigstens als zurechenbare Handlungsweise da, wo das Gesetz eine solche unter Strafe gestellt hat. Darauf deutet der Schlusssatz der Motive zu § 59 St.G.B.'s: »Die Schlussbestimmung soll gegen die falsche Anschauung sichern, als ob dadurch, dass die Zurechnung dieser Umstände zum dolus ausgeschlossen ist, auch eine Zurechnung zur culpa nicht stattfindet, vorausgesetzt, dass die Handlung selbst zu denjenigen gehört, welche im Gesetzbuche auch dann, wenn sie aus Fahrlässigkeit begangen worden sind, mit Strafe bedroht werden«. Kulpos verschuldete Unkenntnis der in Abs. 1 gemeinten Thatumstände schliesst insoweit die Vorsätzlichkeit aus und es tritt an deren Stelle die Fahrlässigkeit als Schuldart — jedoch nur da, wo sie ausdrücklich im Gesetz als solche unter besondere, im Strafgesetz stets von der Strafbarkeit doloser Begehungen erheblich abweichend aufgestellte Strafe gebracht worden ist. Wo dies nicht der Fall ist, bleibt auch die verschuldete Unkenntnis von derselben Wirkung wie die unverschuldete. So nach dem positiven Strafrecht. Es steht aber nichts entgegen, wenn der Gesetzgeber auch in Abs. 1 einen weiter greifenden Unterschied machen will durch Einschreibung, dass nur unverschuldete Unkenntnis entschuldige und die verschuldete Unkenntnis nicht zu beachten und wenigstens eine Bestrafung der fahrlässigen Begehungsweise, wo eine solche begrifflich möglich ist, zulasse, da eine Gleichstellung der letzteren mit der Kenntnis eine ebenso fühlbare Härte enthalten würde wie die gänzliche Nichtberücksichtigung dieser. Was hier nun von der Unkenntnis bezüglich der »Thatumstände« gesagt worden ist, hat auch von der Erkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit und der einzelnen Delikts- und Strafbarkeitsmerkmale und von dem Irrtum über deren rechtliche Beziehung und Bedeutung zu gelten¹⁾. Objektive Straf-

1) Auch das erkennt Lucas, a. a. O. S. 113 an; da alle Fahrlässigkeit auf Irrtum beruhe, so gelte vom Rechtsirrtum dasselbe, wie vom

barkeitsmerkmale müssen im Bewusstsein des Thäters sich reflektieren, wenn sie ihre Wirkung auf ihn bei der Zurechnung zur Schuld äussern sollen; werden sie ihm ohne seine Erkenntnis zur Last gelegt, so fragt es sich bei einer individuellen Gerechtigkeitsübung nur noch um die Ursache des Mangels der Erkenntnis: Verschuldete oder unverschuldete Unkenntnis? Fragt man aber nicht hiernach, so handhabt man nur das Strafgesetz gegen die objektive Übertretung desselben — nicht im Geiste einer wahren Gerechtigkeit¹⁾.

Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs hat bekanntlich in einer Reihe von Einzelgesetzen mit Strafbestimmungen aus Abkürzungs- und politisch-praktischen Rücksichten Schuldvermutungen aufgestellt, aber den Beweis der Entschuldigung in verschiedenen Formen nachgelassen und zwar des Nichtverschuldens im allgemeinen, so dass entschuldbarer Irrtum oder entschuldbare Nichtkenntnis der Rechtswidrig- und Strafbarkeit angesichts der weiten Fassung nicht auszuschliessen sein würde. In dem Gesetz vom 15. Oktober 1867 betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe § 14 wird der Führer straf-frei durch den Nachweis, dass der unbefugte Gebrauch der Bundesflagge »ohne sein Verschulden geschehen sei«, und nach §§ 12 und 15 ist der Nachweis nachgelassen, dass der Betreffende die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen »ohne sein Verschulden ausser stande gewesen sei«. Ähnlich in

Thatirrtum, dass es auf die Entschuldbarkeit ankomme; der Rechtsirrtum habe hier eine ganz andere Bedeutung als bei dem Dolus(?).

1) Wenn man eine nur formalistische Strafrechtspflege üben will, so wird man da, wo das Merkmal der Widerrechtlichkeit nicht ausdrücklich im Vorsatz hervorgehoben ist, mangels Annahme des Bewusstseins davon auch in Fällen, wo nicht einmal der Vorsatz erwähnt ist, wie z. B. bei unterlassener Anzeige nach § 139, dahin kommen, gar nicht nach dem Verhandensein einer Schuldart zu fragen, wenn nur die Begehung kausal feststeht, wie bei Hälschner, System I, S. 567. Da eine fahrlässige Begehung, welche die gewöhnliche ist, nicht unter Strafe gestellt worden ist, bleibt nur eine vorsätzliche als denkbar übrig. Wenn aber hier, bei der geringen Bekanntschaft der Laien mit der Anzeigepflicht, die Kenntnis dieser nicht mehr nachzuweisen ist, das Strafbarkeitsbewusstsein ganz fehlte, so muss die formalistische Beurteilung dessenungeachtet verurteilen — mit Gefängnis bis zu 5 Jahren.

Art. 240 des Gesetzes betr. die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien vom 11. Juni 1870: »nachweislich unverschuldete Unterlassung der erforderlichen Anzeige«. Im Reichs-Pressgesetz vom 7. Mai 1874 in §§ 20, 21 findet sich: »wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme der Thäterschaft (des verantwortlichen Redakteurs) ausgeschlossen ist« und betreffs der Fahrlässigkeit des Redakteurs, der Verleger und Drucker, »wenn sie nicht die Anwendung der pflichtmässigen Sorgfalt oder Umstände nachweisen, welche die Anwendung unmöglich gemacht haben«. Ganz besonders kommen bei dem Erfordernis der Strafbarkeitserkenntnis die Steuer- und Zollgesetze in Frage, denen das Gesetz vom 12. Oktober 1867 betr. die Abgabenerhebung von Salz vorausgegangen war, wenn der Schuldbeweis mit dem der belastenden Thatsache erbracht werde, dass der Beschuldigte eine Defraudation »nicht habe herbeiführen können und wollen«, in welchem Falle nach § 15 das. nur eine Ordnungsstrafe eintreten solle. In den Gesetzen vom 18. Juli 1868, vom 29. Juni 1869, 3. Juli 1869 u. a. m. wird der Entschuldigungsbeweis nachgelassen: »wenn nicht glaubwürdig dargethan wird«, »vom Steuerpflichtigen nichtverschuldeter Zufall«, »dass die Absicht, die Staatskasse zu verkürzen, nicht vorgelegen habe«. Dass eine Erweiterung dieser Sondervorschriften durch Analogie nicht möglich ist, braucht nicht noch hervorgehoben zu werden. Der Versuch jedoch, bei Anwendung des Reichsstrafrechts den Satz, dass bei allem Polizeiunrecht oder auch nur bei einem Teile desselben der Nachweis des objektiven Thatbestandes schon zur Bestrafung hinreichend, also nach der subjektiven Verschuldung gar nicht weiter zu fragen sei, zur Geltung zu bringen (namentlich Oppenhoff, Loos, auch vereinzelte Entscheidungen oberster Gerichte) ist von Binding a. a. O. II. § 75 mit Entrüstung so überzeugend zurückgewiesen worden, dass kaum noch mehr darüber zu sagen ist; es wird genügen, aus dem das. angeführten Erkenntnis des preussischen Obertribunals vom 4 IX. 1856 anzuführen: »dass jede Verurteilung — sei's wegen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen — eine strafrechtliche Schuld, dolus oder culpa, voraussetzt, indem (das Gegenteil) einen Widerspruch gegen die Straf-

gerechtigkeit des Staates enthalten würde¹⁾.« Die Aufstellung einer Schuldpräsumption bei Polizeidelikten ist eine der schlimmsten Anomalieen des Schuldbeweises und es ist der in der vorbeugenden Natur der Polizei-Strafgesetze gesuchte Grund für jene schlimme Vermutung nur ein Scheingrund. »Im Pressgesetz bildet den Anlass die ungemeine Schwierigkeit der Entdeckung des Schuldigen verbunden mit dem dringenden Bedürfnisse, die Pressdelikte bei ihrer gegenwärtigen Tragweite nicht ungestraft zulassen; in den Zoll- und Steuergesetzen das gerechtfertigte fiskalische Interesse an Erlangung der Zoll- und Steuereinfälle und der hässliche Heissunger nach Geldbussen der angeblichen Kontravenienten; beim summarischen Strafprozess die Rücksicht auf möglichst schleunige, einfache und billige Erledigung der Bagatellsachen; hie und da besteht aber überhaupt kein sichtbarer Grund: — das stimmt alles schlecht zusammen! Und nur in Einem gleichen sich die verschiedenen Erscheinungen: sie sind alle Symptome einer hochgesteigerten Neigung des Staates, möglichst oft und möglichst schnell mit der Strafe bei der Hand zu sein, auf die Gefahr hin, auch den Unschuldigen zu treffen«.

Freilich wird der Mehrertrag an Strafverurteilungen teuer erkauft mit einer Gleichgiltigkeit gegen die Scheidung von Schuld und Unschuld mit ihren Folgen, mit einer Gefährdung der Achtung vor dem Gesetzesansehen und des Vertrauens auf die Gerechtigkeitspflege in der Strafrechtspflege, wenn auch der Schuldlose »von Rechtswegen« Strafe zu leiden hat²⁾.

Es muss als eine starke Übertreibung angesehen werden, wenn Lucas a. a. O. S. 139 in Anm. 2 der Binding'schen Auffassung die Konsequenz beimisst, es würde danach die Wirksamkeit des Polizei-Strafrechts in anbetracht des Positivismus seiner Bestimmungen, welcher die Unkenntnis derselben

1) Hierzu dürfte auch aus dem Erkenntnis desselben Gerichtes vom 10/IV. 1867 (Rechtsp. VIII S. 249) folgendes hervorzuheben sein: »Ein Urteil ist nichtig, welches das Vorhandensein des zum Thatbestande erforderlichen Dolus nicht aus den thatsächlichen Ergebnissen der Beweiserhebung, sondern lediglich aus dem abstrakten Rechtssatze herleitet, dass der Angeklagte die Landesgesetze kennen müsse.« Das wäre aus der Präsumption der Rechtsunkenntnis eine abgeleitete *präsuntio doli*, gegen welche obige Entscheidung ankämpft.

2) So Binding am Schluss seiner Normenlehre.

seitens der meisten Staatsbürger erscheinen lasse, allerdings aufhören. Freilich ist das Gebiet des Polizei-Strafrechts und der vielen verwaltungsrechtlichen Strafsatzungen dasjenige, auf welchem der Einwand der Nichterkenntnis des Verbotenseins, um welches es sich hier mehr als um die allgemeine Rechtswidrigkeit handelt, im allgemeinen der Strafbarkeit einer Gesetzesübertretung enthaltenden Handlung am häufigsten erhoben wird, aber auch nach der Volksanschauung am meisten die Berechtigung in sich trägt, beachtet zu werden. Überall, wo der Zweifel an der Erkenntnis der Strafbarkeit, welche ja auch hier im allgemeinen vermöge der oben erwähnten Zwangslage des Staates bei jedem als gekannt angenommen werden muss, entsteht, wird doch eine Feststellung der Entschuldbarkeit auch da, wo diese nicht ausdrücklich nachgelassen ist, zuzulassen sein. Daran kann also die Natur der Übertretungen jener Präventivbestimmungen und positiven, auf die Verschuldung nicht ausdrücklich Rücksicht nehmenden Satzungen nichts ändern. Nach den Motiven zum Strafgesetzbuch kann darüber ein Zweifel nicht mehr bestehen, dass nach Massgabe des preussischen Strafgesetzbuchs auch die Übertretungen den Bestimmungen des »allgemeinen Teiles« mit unterstellt werden sollten und dass im übrigen alle s. g. Polizeidelikte ein »wirklich strafbares Unrecht« darstellten, dass indessen das Strafgesetzbuch nicht den Anspruch erheben könne, den Kreis der geringfügigen strafbaren Handlungen zu erschöpfen und das ganze Gebiet derselben zu umfassen, indessen würden sich die einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs an der Aufgabe genügen lassen, diejenigen Vorschriften anzustellen, die im Wesentlichen überall gleichmässig anwendbar sein würden u. s. w. Die in den Einzelgesetzen vorhandenen Strafbestimmungen erscheinen sonach als Strafgesetze, welche in den vorbehaltenen Ausbau der Kodifikationen gehören, wie sie auch in den Lehrbüchern des deutschen Strafrechts neuerer Zeit mit aufgenommen worden sind, und Teile solcher Strafgesetze sind auch Vorschriften, auf welche vereinzelte Strafsatzungen Bezug nehmen. Es gilt sonach auch rücksichtlich dieser aller der Satz, dass sich niemand mit der Unkenntnis auch solcher Strafsatzungen entschuldigen dürfe, was sich z. B. besonders in § 163 des Vereinszollgesetzes für dieses ausgesprochen findet, was viel-

leicht analog auf die ganze Steuergesetzgebung anwendbar erscheinen mag und aus der Natur der Zollvorschriften als den praktischen Staatsbedürfnissen entsprechend gerechtfertigt wird ¹⁾. Indessen wird die singuläre Natur jener Vorschrift nicht zu bestreiten sein.

Für unsere Darstellung wird es genügen, auf die allbekannten Motive a. a. O. zu verweisen, dass das von der preussischen Praxis versuchte Auskunftsmittel, eine Zwischenstufe zwischen der blossen Thatachenunterlage und der subjektiven Verschuldung bei den Beurteilungen jener Delikte anzunehmen, bei dem deutschen Reichsgerichte keine Aufnahme gefunden hat, dass aber von demselben die Allgemeingiltigkeit des § 59 St.G.B.'s für alle strafbaren Handlungen, ohne Unterschied, ob die Strafdrohungen aus polizeilichen oder sonst rechtspolitischen Erwägungen erlassen worden sind, anerkannt ist ²⁾. Mit Lucas a. a. O. S. 134 kann man unter Ausscheidung der als Ausnahmen oben erwähnten Reichsgesetze vom 12. Oktober 1867, 1. Juli 1869 und 31. Mai 1872 behaupten: dass die subjektive Verschuldung in den Formen von *dolus* und *culpa* allgemeine Voraussetzung aller Strafbarkeit, sei es nach dem Strafgesetzbuche, sei es nach irgend welchen strafrechtlichen Nebengesetzen, sein müsse; aber auch jene Ausnahme und da, wo bei Übertretungen und Gewerbe-polizei-Vergehen Unkenntnis der in Bezug genommenen nicht strafrechtlichen Vorschrift nicht entschuldigen soll, bestätigen eher die Regel der Notwendigkeit einer Schuldfeststellung (*exceptio firmat regulam*), als dass sie eine Durchlöcherung derselben enthalten könnten.

1) Lucas a. a. O. hat in §§ 23–26 diesen Fragen und dem »Herrschaftsgebiet der subjektiven Verschuldung überhaupt« eine eingehende Besprechung gewidmet, auf welche hier zu verweisen ist. Daraus ist zu ersehen, wie sehr die Doktrin hier geschwankt hat, wie auch die Rechtsprechung in den Strafsenaten des Reichsgerichts so gut wie vorher im preussischen Obertribunal und in anderen obersten Gerichten nicht zu einer konstanten Anschauung kommen konnte — ein Beweis dafür, dass immer wieder die Strafbarkeitserkenntnis als Voraussetzung der Verschuldung angesehen wurde.

2) R.G. II. Strafsen. im Urt. vom 12/X. 1880, I. Strafsen. im Urt. vom 2/XI. 1880.

Alles was inbezug auf die Ausdehnung des in § 59 St.G.B.'s aufgestellten Prinzips auf die Erkenntnis der Normwidrig- und Strafbarkeit oben ausgeführt worden ist, gilt auch für die hier zuletzt erwähnten Übertretungen, Polizeidelikte und ausserhalb des Strafgesetzbuches gelegene gemein- und partikullarrechtliche Strafsatzungen. Der Massstab für die Beurteilung des Einwandes der unverschuldeten Unkenntnis der Strafgesetze und des Rechtsirrtumes in deren Bestandteilen wird auch hier nach dem allgemein möglichen Erkennen der Strafbarkeit der fr. Handlungen und nach dem Bewusstsein der Verpflichtung zur Beachtung etwaiger in den fr. Lebensverhältnissen gegebenen Strafrechtsnormen zu nehmen sein und da, wo eine fahrlässige Begehung nach Wortlaut und Zusammenhang der strafgesetzlichen Bestimmungen, abgesehen von der ausdrücklichen Hervorhebung, nicht ausgeschlossen ist (R.G. I Strafsen. im Urt. vom 27/V. 1887), wird die nur fahrlässig verschuldete Unkenntnis oder Nichtbeachtung einer einschlagenden Norm der Staats-bez. Polizeigewalt oder Verwaltung, auch ohne konkurrierende Rechtsverletzung zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sein, ausserdem aber eine nicht einmal fahrlässig verschuldete Nichterkenntnis der Strafbarkeit innerhalb der in Einzelgesetzen gesteckten Schranken nachgewiesen werden und entschuldigen können — regelmässig soweit der Beschuldigte die Strafbarkeit nicht erkennen musste oder nicht zuerkennen imstande war.

Was aber die in der Praxis meistens festgehaltene Ansicht betrifft, dass überhaupt bei allen Verbrechen i. w. S. die Fahrlässigkeit nur da, wo das Strafgesetz sie ausdrücklich, gewissermassen als die subsidiäre Schuldart hervorgehoben hat, zuzurechnen sei, so ist den Ausführungen Lucas's a. a. O. S. 118 beizutreten. Das in dem Urteil des Reichsgerichts vom 27/X. 1881 von den Übertretungen Gesagte hat volle Berechtigung, allgemein zu gelten. Nach den Materialien zum preussischen St.G.B. sollte die Anwendung der Strafandrohungen auf die culpa entweder von der inneren Natur des Thatbestandes an sich, oder von der ausdrücklichen Vorschrift in den einzelnen Fällen abhängig zu machen sein. Das deutsche St.G.B. hat ein Verbot der Bestrafung der Fahrlässigkeit ausserhalb der ausdrücklich hervorgehobenen Strafahndung nicht

ausgesprochen, mithin wird fahrlässige Begehung wenigstens da, wo die vorsätzliche nicht allein markiert ist, mit unter die Strafdrohung fallen je nach der Deliktsnatur. Fällt die Annahme eines Vorsatzes weg, so bleibt die der Fahrlässigkeit noch übrig. Letztere war dann auch in der verschuldeten Nichterkenntnis der Strafbarkeit gefunden worden.

Jenen Massstab aber anzulegen, erscheinen die Laienrichter, welche im allgemeinen die Verpflichtung und Möglichkeit zur Strafbarkeitserkenntnis in concreto besser zu beurteilen verstehen als die Staatsrichter, als ganz besonders berufen, indem sie gewissermassen nicht blos das Volksrechtsbewusstsein, Menschenkenntnis und Lebenserfahrung repräsentieren, sondern auch nach der Gans- Hegel- Köstlin'schen Auffassung das Wissen und Gewissen des Angeklagten mit ihrer Beurteilung vertreten und der Individualität vermöge ihrer Lebenserfahrungen und unmittelbaren Anschauung näher stehen als Staatsrichter. Insofern werden auch mittlere Schöffengerichte mit den Strafkammern in Verbindung am besten beurteilen können, in welchen Fällen der Einwand unverschuldeter Unkenntnis strafrechtlicher Bestimmungen und Rechtsirrtum wirklich eine Straftat entschuldigen müssen.

Soll jedoch ohne das Eingreifen der Gesetzgebung durch einen Zusatz zu § 59 St.G.B.'s, wie oben vorgeschlagen, eine Änderung im Sinne der Gesetzesmotive eintreten, so kann das nur durch ein Aufgeben des formalistischen Standpunktes des Reichsgerichts geschehen und mit Betreten der vom ersten Strafsenat eingeschlagen gewesenen Bahn durch einen allmähig vorzubereitenden Plenarbeschluss der vereinigten Strafsenate. wie ihn bereits Lucas am Schluss seiner Arbeit über die subjektive Verschuldung als notwendig bezeichnet hatte. Es ist die Wahl zwischen zwei durchgreifenden Gesichtspunkten zu treffen: Der politische und der rechtliche stehen sich, wie in vielen anderen Beziehungen, gegenüber; hier fürchtet man mit dem Aufgeben jenes formalen und in der That rigorosen Standpunktes der Staats- und Rechtssicherheit zu schaden, dort aber fordert die Gesellschaft, dass ihre Glieder nicht nach starren Satzungen und Vermutungen, welche der Lebensgestaltung Zwang anthun, sondern nach den im Volk lebenden Grundanschauungen von Recht und Unrecht, nach ihrer wirklichen,

inneren Verschuldung, gerecht und billig, beurteilt werden; dort ist der Opportunismus, hier die individuelle Gerechtigkeit das leitende Prinzip der Strafrechtspflege¹⁾. Welches ist nun das wahrhaft berechtigte? Doktrin und Gesetzgebung haben lange geschwankt und es wird nun Zeit, dass man endlich den Mut hat, die politischen Rücksichten der höheren Gerechtigkeit im Geiste der fortschreitenden Humanität zu opfern und damit dem Determinismus einen Riegel vorzuschieben, welcher die Verurteilten als die naturalistisch und kausal unfreien, prädestinierten Opfer darzustellen beliebt, an denen der Staat die Geltung seiner Macht und Gesetze erprobt: »zum abscheulichen Exempel«. Wahrhaft frei bestimmt sich der Wille zu Handlungen nur unter der Mitwirkung der Vorstellung von Recht und Unrecht. Ohne diese keine Zurechnung zur Schuld und ohne ihre Berücksichtigung keine Gerechtigkeitspflege in der Strafrechtspflege!

1) Öttker, Über den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrechte. Cassel, 1876, S. 51: »Zu der Annahme, dass die Rechtsfolge der Versäumnis in der Strafe des Gesetzes zu bestehen habe, dessen Kenntnissnahme verabsäumt war, fehlt es an jedem Rechtsgrunde. Es würde im Gegenteil eine derartige Annahme mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit in argem Widerspruche stehen, denn dasselbe Deliktsmoment, die unterlassene Kenntnissnahme, würde dann in einem Falle mit geringer Geldbusse, in anderen Fällen mit langjähriger Freiheitsstrafe geahndet.« Geyer in der Kritisch. Vierteljahrschrift, 1875, S. 26: »Dass dieser unbedingte Rigorismus in Beurteilung des Rechtsirrtums eine schreiende Ungerechtigkeit ist, kommt leider den Gesetzgebern unserer zivilisirten Staaten vor lauter kriminalpolitischen Erwägungen nicht in den Sinn.« Binding a. a. O. II. S. 65. »Dem Unheil, was der römische Satz: *ignorantia juris nocet* oder richtiger das Zerrbild, was die nachrömische Jurisprudenz daraus geschaffen, im Strafrecht angerichtet hat, dürfte keine schlimme Folge anderer römischer Sätze an die Seite zu stellen sein.« Es liessen sich noch viele Aussprüche angesehener Schriftsteller in in dieser Richtung hier anführen.



Ortloff, Hermann,

Die Strafbarkeits-Erkenntnis als Schuld-Voraussetzung

Marburg 1891

Crim. 192 xo

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11584273-0